ليس بتحقيق وان بدأ المشترى فقال لآخر اشتريت عبدك هذا بالف وقال الآخر نعم صح البيع لانه جواب (واذا اوجب احدهما) اى احد المتعاقدين (فللآخر ان يقبل كل المبيع بكل الثمن فى المجلس) اى فى مجلس الايجاب اعم من ان يكون بالخطاب اوبالرسول كما اذا قال لرسوله قل لفلان بعت عبدى منه بكذا فذهب الرسول فاخبره فقال المشترى فى مجلسه ذلك اشتريت اوبالكتاب لان كلا منهما سفير فمجلسه كمجلس العقد بالخطاب فلو قال بعت منه فبلغه يافلان فبلغه هو اورجل آخر جاز بخلاف مالم يقل بلغه فبلغه فقبل لايجوز لان شطر العقد فى البيع لايتوقف على قبول غائب اتفاقا كما فى النكاح على الاظهر عند الطرفين وفى الزاهدى لوقال بعنى من فلان الغائب فحضر الغائب فى المجلس فقال اشتريت صح (اويترك) كل المبيع يعنى اذا قال البايع بعتك هذا بكذا فالآخر بالخيار ان شاء قبله وان شاء رده لانه مخير غير مجبر فيختار ايهما شاء فهذا خيار القبول فيمتد الى آخر المجلس للحاجة الى التفكر والتروى والمجلس جامع للمتفرقات فاعتبر ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر وعند الشافعى لايمتد بل هو على الفور (لا) يقبل الآخر بايعا كان اومشتريا (بعضا دون بعض) اى ليس له ان يقبل كل المبيع ببعض الثمن اوبعضه بكله اوببعضه لانه تفريق الصفقة وانه ضرر بالبايع فان من عادة التجار ضم الردى الى الجيد فى البيع لترويج الردى فلو صح التفريق يزول الجيد عن ملكه ويبقى الردى فيتضرر بذلك وكذلك المشترى يرغب فى الجميع فاذا فرق البايع الصفقة عليه يتضرر الا ان يرضى الآخر بذلك فى المجلس بعد قبوله فى البعض ويكون المبيع مما ينقسم عليه الثمن بالاجزاء كعبد واحد اومكيلا اوموزونا فامامالا ينقسم الا بالقيمة كثوبين او عبدين فلا يجوز وان قبل الآخر (الا اذا بين ثمن كل) مما قبل الآخر ومما ترك لان ذلك دليل على رضاه بالتفريق ولان الايجاب حينئذ فى معنى الايجابات المتعددة اما اذا كرر فى البيان لفظ البيع بان قال بعتك هذين بدرهمين بعت هذا بدرهم وبعت هذا بدرهم يجوز اتفاقا واما اذا لم يكرر بان قال بعتك هذين بدرهمين كل واحد بدرهم فيجوز عندهما خلافا للامام بناء على ان البيع يتكرر بتكرر لفظ بعت عنده وبتفصيل الثمن عندهما كما فى اكثر المعتبرات فعلى هذا ينبغى للمص ان يذكر الخلاف كما هو دأبه تدبر (وان رجع الموجب) سواء كان بايعا اومشتريا (اوقام احدهما) يعنى لو كانا قاعدين فقام احدهما (عن المجلس قبل القبول) ظرف لرجع وقام على سبيل التنازع (بطل الايجاب) اما الاول فلان المانع من الرجوع لزوم ابطال حق الغير وهو منتف ههنا لان الايجاب لايفيد الحكم بدون القبول فان قيل ان كان الموجب المشترى ففى رجوعه ابطال

حق البايع وهو تملكه الثمن وان كان البايع ففى رجوعه ابطال حق المشترى وهو تملكه المبيع اجيب بان الحق للوجب لانه اثبت ولاية التملك للاخر وبان حق التملك لايعارض حقيقة الملك للبايع لكونها اقوى منه واما الثانى فلان القيام دليل الاعراض والرجوع ولهما ذلك قبل القبول فان قيل الصريح اقوى من الدلالة فلو قال بعد القيام قبلت ينبغى ان لايثبت الرجوع اجيب بان الايجاب بطل بما يدل على الاعراض فلا يؤثر التصريح بعده وفى الفتح وعلى اشترط اتحاد المجلس ما اذا تبايعا وهما يمشيان اويسيران ولو كانا على دابة واحدة فاجاب الاخر لايصح لاختلاف المجلس فى ظاهر الرواية واختاره غير واحد كالطحاوى وغيره انه ان اجاب على فور كلامه متصلا جاز وفى الخلاصة عن النوازل اذا اجاب بعد ما مشى خطوة اوخطوتين جاز ولاشك انهما اذا كانا يمشيان متصلا لايقع الايجاب الا فى مكان آخر بلا شبهة وقال صدر الشهيد لايصح فى ظاهر الرواية ولو كان المخاطب فى صلاة فريضة ففرغ منها واجاب صح وكذا فى نافلة فضم الى ركعة الايجاب اخرى ثم قبل بخلاف مالو اكملها اربعا ولو كان فى يده كوز فشرب ثم اجاب جاز وكذا لو اكل لقمة لايتبدل المجلس الا اذا اشتغل بالاكل ولو ناما جالسين لايختلف بخلاف مالو ناما مضطجعين او احدهما وان كانا قائمين واقفين فسارا او احدهما بطل الايجاب وكذا لو لم يقم ولكن يتشاغل فى المجلس بشئ غير البيع بطل الايجاب كما فى اكثر المعتبرات فعلى هذا ان ما فى الاصلاح من قوله اوقام ايهما لم يقل عن مجلسه لان الايجاب يبطل بمجرد القيام وان لم يذهب عن المجلس لدلالته على الاعراض فيه كلام لوجود دليل الاعراض بدون القيام والمراد بذكر القيام تبدل مجلس الايجاب مطلقا تدبر وفى الجوهرة وان كان قائما فقعد ثم قبل فانه يصح لانه بالقعود لم يكن معرضا وفى القنية رجل فى البيت فقال للذى فى السطح بعته منك بكذا فقال اشتريت صح اذا كان كل واحد منهما يرى صاحبه ولايلتبس الكلام للبعد وكذا اذا تعاقدا وبينهما النهر والسفينة كالبيت (واذا وجد الايجاب والقبول) من المتعاقدين (لزم البيع) وفيه اشارة الى ان البيع يتم بهما ولايحتاج الى القبض ولا الى اجازة البايع بعدهما وهو الصحيح (بلا خيار مجلس) الا من عيب اوعدم رؤية وقال الشافعى لا يلزم به بل لهما خيار المجلس لقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا فان التفرق عرض يقوم بالجوهر وهو الابدان ولنا قوله عليه السلام لاضرار فى الاسلام وفى اثبات الخيار لاحدهما اضرار للاخر فلا يثبت والخيار فيما رواه محمول على خيار القبول وتفرقهما محمول على التفرق بالاقوال بان قال احدهما بعت وقال الاخر لا اشترى

لما جاء فى رواية عن النبى عليه السلام المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا عن بيعهما وهذا لان الاحوال ثلثة قسم لم يوجد فيه ركن ماوهى حالة الهيئة وقسم وجد فيه ركنان وقسم وجد فيه احدهما دون الاخر فقول هذا الاسم وهو كونهما متبايعين قبل صدور الركنين وبعده بطريق المجاز باعتبار مايؤل فى الاول وباعتبار ماكان فى الثانى وفيما اذا وجد احدهما دون الاخر بطريق الحقيقة فيكون مرادا او يحتمل ان يكون مرادا فيحمل عليه والفرق بينهما ان احدهما مراد والاخر محتمل للارادة وتمامه فى العناية فليطالع (ويصح) البيع (فى العوض المشار اليه) مبيعا كان او ثمنا فان كلامنهما عوض عن الاخر والحكم المذكور مشترك بينهما ولذلك قال فى العوض ولم يقل فى الثمن كما فى الاصلاح وقال سعدى افندى وتقرير صدر الشريعة صريح فى ان المراد بالاعواض الاثمان فتأمل فى الترجيح (بلامعرفة قدره وووصفه) لان الاشارة اقوى اسباب التعريف وجهالة القدر والوصف معهما لا تفضى الى المنازعة فلا تمنع الجواز لان العوضين حاضران والاموال الربوية مستثناة من هذا الحكم فان بيع الحنطة بجنسها مثلا لا يجوز بالاشارة لاحتمال الربوا وكذا السلم فان معرفة قدر رأس المال شرط عند الامام اذا كان فيما يتعلق العقد على مقداره كما سيأتى ان شاء الله تعالى (لا) يصح البيع (فى غيره) اى فى غير المشار اليه بلا معرفة قدره كعشرة ونحوها وصفته ككونه مصريا اودمشقيا لان جهالتهما تفضى الى النزاع المانع من التسليم والتسلم فيعرى العقد عن الحق وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز هذا فيما يحتاج الى التسليم وفيما لايحتاج اليه كما اذا اقر لفلان بمتاع عنده فاشتراه منه ولم يعرفا مقداره جاز كما فى الزاهدى (و) يصح البيع (بثمن حال ومؤجل) لاطلاق قوله تعالى واحل الله البيع (باجل معلوم) معناه اذا بيع بخلاف جنسه ولم يجمعهما قدر لانه لو بيع بجنسه وجمعهما قدر لم يجز تأجيله كما فى المنح قيد بمعلوم لان جهالة الاجل تفضى الى المنازعة فالبايع يطالب فى مدة قريبة والمشترى يأباها فيفسد فان اختلفا فى الاجل فالقول قول من ينفيه وكذا لو اختلفا فى قدره فالقول لمدعى الاقل والبينة بينة المشترى فى الوجهين وان اتفقا على قدره واختلفا فى مضيه فالقول للمشترى انه لم يمض والبينة بينته ايضا كما فى الجوهرة وقيد بالثمن لان المبيع اذا كان عينا لايصح الاجل فان شرط فيه الاجل فالبيع فاسد لان التأجيل فى الاعيان لايصح وفى المنح لو باع مؤجلا انصرف الى شهر لانه المعهود فى الشرع فى السلم واليمين فى ليقضين دينه الى اجل وفى شرح المجمع لومات البايع لايبطل الاجل ولومات المشترى حل المال فان فائدة التأجيل

ان ينجز فيؤدى الثمن من نماء المال فاذا مات من له الاجل تعين المتروك لقضاء الدين فلا يفيد التأجيل (ولواشترى باجل سنة) غير معينة (فمنع البايع المبيع) ولم يسلمه (حتى مضت) السنة (ثم سلم) المبيع (فله) اى فللمشترى (اجل سنة اخرى) عند الامام لان التأجيل للتصرف فى المبيع وايفاء الثمن بواسطته وكان الى سنة مجهولا على سنة مبدأها قبض المبيع عرفا محصلا لفائدة التأجيل (خلافا لهما) فان عندهما لا اجل له بعد سنة لانه اجله سنة وقد مضت فصار كما لو قال الى رمضان وفى البحر عليه الف ثمن جعله الطالب نجوما ان اخل بنجم حل الباقى فالامر كما شرطا (وان اطلق الثمن) والمراد من الاطلاق ان يكون مطلقا عن قيد البلد وعن قيد وصف الثمن بعد ان سمى قدره بان قال بعته بعشرة دراهم مثلا (فان استوت مالية النقود) بان لا يكون بعضها افضل من بعض مع تفاوت انواعها (ورواجها صح) البيع (ولزم ما قدر) من عشرة وغيره (من اى نوع كان) اى من الاحادى او الثنائى او الثلاثى لان الواحد من النوع الاول والاثنين من الثانى والثلث من الثالث متساويات فى المالية والرواج فالمشترى يعطى اى نوع يريد اذ لا نزاع عند عدم تفاوت المالية وهو المانع فى الجواز (وان اختلفت رواجا فمن الاروج) اى اروج النقود فى البلد اذ المتعارف بين الناس المعاملة بالنقد الغالب فالتعيين بالعرف كالتعيين بالنص فيعتبر مكان العقد فلو باع شيئا من رجل ببصرة بكذا من الدنانير فلم ينقد الثمن حتى وجد المشترى ببخارى يجب عليه الثمن بعيار بصرة كما فى الخزانة (وان استوى رواجها لاماليتها) بان يكون بعضها افضل من بعض (فسد) البيع للجهالة المفضية الى النزاع (مالم يبين) انه من اى نوع فاذا بين تندفع الجهالة المانعة من التسليم فيصح فالحاصل ان المسئلة رباعية لانها اما ان تستوى فى الرواج والمالية معا او تختلف فيهما او تستوى فى احدهما والفساد فى صورة واحدة وهى الاستواء فى الرواج والاختلاف فى المالية والصحة فى ثلث صور فيما اذا كانت فى الرواج والمالية مختلفة فينصرف الى الاروج وفيما اذا كانت مختلفة فى الرواج مستوية فى المالية فينصرف الى الاروج ايضا وفيما اذا استوت فيهما وانما الاختلاف فى الاسم كالمصرى والدمشقى فيخير المشترى فى دفع ايهما شاء كما فى المنح (ويصح) البيع (فى الطعام) وهو الحنطة ودقيقها وكذا سائر الحبوب كالعدس والحمص وغيرهما وقال بعض المشايخ مايقع فى العرف على مايمكن اكله من غير ادام كاللحم المطبوخ والمشوى ونحوه قال صدر الشهيد وعليه الفتوى (وكل مكيل وموزون كيلا) فى الكيلى (ووزنا) فى الوزنى وماورد الشرع بكيله فهو كيلى ابدا وماورد بوزنه فهو وزنى ابدا ومالم يرد فيه شئ

يعتبر فيه العرف (وكذا) يصح بيع الكيلي والوزني (جزافا) وهو البيع بالحدس والظن بلا كيل ولا وزن (ان بيع بغير جنسه) لقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بخلاف ما اذا بيع بجنسه مجازفة فانه لا يصح لاحتمال الربوا الا اذا كان قليلا وهو ما دون نصف الصاع لعدم المعيار الشرعي وهو نصف الصاع (و) يصح بيع الكيلي (بآناء) معين (او) بيع الوزني بوزن (حجر معين) كل منهما (لا يدرى قدره) اذا لم يحتمل الاناء النقصان والحجر التفتت كان يكون من خشب او حديد فان احتملهما لم يجز وكذا اذا باعه بوزن شئ يخف اذا جف كالخيار والبطيخ لان الجهالة فيه لا تفضى الى المنازعة لان البيع يوجب التسليم في الحال وهلاكه قبل التسليم نادر وبه اندفع ما رواه حسن من عدم الجواز للجهالة كما في المنح وغيره لكن التعليل يقتضي البيع حالا فلا يتصور التفتت في الجاف في الحال فينبغي ان يجوز مطلقا سواء احتمل التفتت والجفاف اولا الا في السلم لان التسليم فيه متأخر الى حلول الاجل فيحتملهما فيحتاج الى ان يحمل عليه تأمل وفي التبيين هذا اذا كان الاناء لا ينكبس بالكبس ولا ينقبض ولا ينبسط كالصعة والخزف واما اذا كان ينكبس كالزنبيل والقفة فلا يجوز الا في قرب الماء استحسانا بالتعامل فيه روى ذلك عن ابي يوسف (ومن باع صبرة) وهي بالضم ما جمع من الطعام (كل صاع) بدل من صبرة (بدرهم صح في صاع) واحد (فقط) عند الامام لان ما سماه وهو الصاع الواحد معلوم القدر والثمن فيجوز البيع فيه وما وراءه مجهول القدر والثمن فلا يجوز فيه (الا ان يسمى جملتها) اى جملة صيعانها في العقد بان قال بعتك هذه الصبرة على انها مائة صاع بمائة درهم فيصح في جملتها لارتفاع الجهالة (وللمشترى الفسخ بالخيار وان) وصلية (كيل) مجهول كال (اوسمى) مجهول سمى (جملتها) اى جملة الصيعان (في المجلس بعد ذلك) اى بعد البيع ظرف لكيل وسمى على طريق التنازع وفي اطلاقه يشعر بان الخيار ثابت له مطلقا اما في كيلها او تسميتها في المجلس فلان الثمن كان مجهول المقدار في ابتداء بيع الصبرة وكان يحتمل ان يكون الثمن في ظنه اقل من الذى ظهر فلما انكشف الحال بكيلها او تسميتها ثبت له الخيار واما عدم كيلها وعدم تسميتها فلان الصفقة تفرقت على المشترى لانه اشترى صبرة وانعقد البيع في قفيز كما في شرح المجمع (ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم لا يصح) البيع (في شئ منها) اى من القطيع عند الامام لانه ينصرف الى الواحد والواحدة منها متفاوتة فلا يصح البيع في واحد منها بخلاف مسئلة الصبرة (وكذا) لا يصح البيع (لو باع ثوبا كل ذراع بدرهم)

عندالامام لمامر اطلق الثوب تبعا لما فى اكثر المتون وقيده العتابى بثوب يضره التبعيض امافى الكرباس فينبغى ان يجوز عنده فى ذراع واحد كما فى الطعام لان التبعيض لايضره كما فى الغاية لكن الحكمة تراعى فى الجنس لافى كل فرد فاذا وجد التفاوت فى جنس الثوب اعتبر الحكم فى الكل تدبر وفى المنح نقلا عن القنية اشترى ذراعا من خشبة اوثوب من جانب معلوم لايجوز ولوقطعه وسلمه لم يجز ايضا الاان يقبل وعن ابى يوسف جوازه وعن محمد فساده ولكن لوقطع وسلم فليس للمشترى الامتناع وعلى هذا لو باع غصنا من شجرة من موضع معلوم حتى لواشترى الاوراق باغصانها فكان موضع قطعها معلوما ومضى وقتها فليس للمشترى ان يسترد الثمن (وكذا) لايصح (كل معدود متفاوت) كالبقر والابل والعبيد والبطيخ والرمان والسفرجل لماذكرنا بخلاف المتقارب كالجوز لعدم التفاوت (وعندهما) والائمة الثلثة (يصح فى الكل) اى فى كل المبيع (فى جميع ذلك) المذكور من الصبرة والقطيع والثوب والمعدود المتفاوت لان زوال الجهالة بيدهما فلا تفضى الى المنازعة لانها تزول بالكيل والعد والذرع ومثل ذلك لايعد مانعا ولان قيام طريق المعرفة كقيام حقيقة المعرفة فى حق جواز البيع كما لو باع عبدا بوزن هذا الحجر ذهبا او بهذه الدراهم ولايعلم وزنها واعلم ان المص رجح قول الامام لانه قدمه كما هو دأبه لكن ظاهر مافى الهداية ترجيح قولهما لتأخير دليلهما كما هو عادته وصرح فى الخلاصة والزاهدى وغيرهما بان الفتوى على قولهما تيسيرا على الناس قال فى البحر وقد وضعت ضابطا فقهيا لم اسبق اليه لكلمة كل بعد تصريحهم بانها لاستغراق افراد مادخلته فى المنكر واجزائه فى المعرف وهو ان الافراد ان كانت مما لايعلم نهايتها فان لم تفض الجهالة الى المنازعة فانها تكون على اصلها من الاستغراق كمسئلة التعليق والامر بالدفع عنه والا فان كان لايمكن معرفتها فى المجلس فهى على الواحد اتفاقا كالاجارة والاقرار والكفالة والافان كانت الافراد متفاوتة لم يصح فى شئ عنده كبيع قطيع كل شاة بكذا وصح فى الكل عندهما كالصبرة والاصح البيع فى واحد عنده كالصبرة انتهى (وان باع صبرة على انها مائة قفيز بمائة درهم) فكيلت (فوجدت اقل) من المائة عشرة مثلا (او اكثر) من المائة فخير ان شاء (اخذ المشترى الاقل) اى التسعين (بحصته) بالكسر اى بنصيبه من المائة واسقط ثمن ماعدم لعدم ضرره من النقصان (اوفسخ) البيع ان شاء بالاجماع لعدم رضائه بالاقل (والزائد للبايع) اجماعا لانه فى الكمية المنفصلة قدر واصل فلايكون للمشترى لان البيع وقع على قدر معين فلايستحق

از يادة بل القدر المعين ومن هنا ظهر انه ان وجدمائة قفيز يجوز البيع فى الكل بلاخيار لواحد منهما اجماعا وفيه اشارة الى ان التخيير فيما اذا لم يقبض شيئا منه فلو قبض كان بمنزلة الاستحقاق بلاخيار له كما فى الخانية (وفى المذروع) يعنى لو اشترى ثوبا على انه مائة ذراع بمائة درهم فوجد اقل فخير المشترى ان شاء (يأخذ الاقل بكل الثمن) اى بمجموعه لان الاخذ باعطاء جميع الثمن نافع للبايع لاخذه الثمن بلا نقصان مع عدم المنع من جانب الشرع لان الذرع وصف فى المذروع لكونه عبارة عن الطول ففواته لايوجب سقوط شئ من الثمن المعين (اويفسخ) اى ان شاء يفسخ لعدم انعقاد البيع حقيقة اذ لم يوجد المبيع المعين فيكون اخذه بكل الثمن على وجه التعاطى (والزائدله) اى للمشترى بالثمن بلاز يادة قضاء وليس له ديانة كما فى القهستانى (بلاخيار للبايع) لانه وجد المبيع مع زيادة وهى فى الكمية المتصلة صفة وتبع فلايقابله شئ من الثمن كما لو باعه على انه معيب فوجده سليما فالبايع لايخير بل يجبر على التسليم وحاصله ان القلة والكثرة من حيث الكيل والوزن قدر واصل فالمكيل والموزون لايتعيبان بالتبعيض ومن حيث الذراع وصف وتبع فالمذروع يتعيب به وفى العناية تفصيل فليراجع (وان سمى لكل ذراع قسطا) من الثمن بان قال بعتك هذا الثوب على انه مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فوجده المشترى اقل من القدر المسمى (ان شاء اخذ الاقل بحصته) اى بحصة الاقل من الثمن لابكل الثمن لان الذراع هنا اصل مقصود بقوله كل ذراع بدرهم ونزل كله منزلة ثوب على حدة وان شاء يتركه لان المبيع اذا لم يوجد تاما لايوجد العقد حقيقة فيكون اخذه على وجه التعاطى (وكذا الزائد) اى لو وجد المشترى اكثر من القدر المسمى خير بين ان يأخذ الزيادة بحساب كل ذراع بدرهم لان البايع عنى بقوله كل ذراع بدرهم ان كل واحد من الذرعان المسماة بدرهم واحد الى غايته فلابد من رعاية هذا المعنى وبين ان فسخ دفعا لضرر التزام الزائد وعن هذا قال (وله) اى للمشترى (الخيار فى الوجهين) اى فى النقصان والزيادة وفيه اشارة بان ثبوت الخيار فيهما يدل على بقاء العقد الاول فيهما الا فى قول للشافعى بطل البيع وفى العناية كلام فليطالع (وصح بيع عشرة اسهم) او اقل او اكثر (من مائة سهم من دار) اوغيرها بالاتفاق لان العشرة منها اسم لجزء شايع والسهم ايضا اسم لشايع لالموضع معين و بيع الشايع جائز فيصير من له عشرة اسهم شريكا لمن له تسعون سهما فلايؤدى الى المنازعة (لا) يصح (بيع عشرة اذرع من مائة ذراع منها) من الدار عند الامام لان المبيع معين قدرا ومجهول

محلا لتفاوت جوانب الدار فى القيمة فصار كبيع بيت من بيوت الدار بغير تعيين و ذكر الخصاف ان الفساد عنده اذالم يعلم جملة الذرعان واما اذاعلم جملتها فيجوز عنده والصحيح انه لايجوز عنده مطلقا (وعندهما يصح) البيع (فيهما) اى فى الاسهم والاذرع اذا كانت الدارمائة ذراع لان عشرة اذرع من مائة ذراع منها عشرها كعشرة سهم من مائة اسهم فتخصيص الجواز باحدهما تحكم (ولو باع عدلا) عدل الشئ بكسر العين مثله من جنسه فى مقداره ومنه عدل الحمل (على انه عشرة اثواب) بعشرة دراهم اواقل اواكثر (فاذا هو اقل) من المسمى (اواكثر) من المسمى (فسد البيع) فى الصورتين لعدم العلم بثمن المعدوم المتفاوت فى الاقل فيؤدى الى النزاع وجهالة المبيع فى الاكثر لان مازاد غير معلوم فيما بين الجملة فلا يمكن الرد لوقوع المنازعة والتعارض فيما بينهما فيفسد وفى البحر ولواشترى ارضا على ان فيها كذا نخلا مثمرا فوجد فيها نخلة لاتثمر فسد وفى التنوير لو باع عدلا اوغنما واستثنى واحدا بغير عينه فانه فاسد ولو بعينه جاز البيع (ولو فصل) الثمن بان قال بعتك هذا العدل على انه عشرة اثواب كل ثوب بدرهم (فكذا) يفسد البيع (فى الاكثر) اى فيما اذا كان احدعشر مثلا لان العقد يتناول العشرة فعلى المشترى ردالثوب الزائد وهو مجهول لاحتمال كونه جيدا اورديا ولجهالته يصير المبيع ايضا مجهولا فيفسد (و يصح) البيع (فى الاقل بحصته) يعنى اذا كان تسعة مثلا لان حصة المعدوم معلومة وهو درهم لكل ثوب فتكون حصة الباقى معلومة ايضا (و يخير المشترى) ان شاء اخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء ترك لتفرق الصفقة عليه (وان باع ثوبا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم اخذه) اى الثوب (المشترى بعشرة) دراهم (لو) كان الثوب (عشرة ونصفا بلا خيار) لحصول النفع الخالص (و) يأخذ الثوب المشترى (بتسعة) دراهم (لو) كان الثوب (تسعة ونصفا بخيار) لفوات الوصف المرغوب فيه وهذا عند الامام لان الذرع وصف فى الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل (وعند ابى يوسف يخير) المشترى (فى اخذه باحدعشر فى الاول) اى فيما اذا وجده عشرة ونصفا (و) يخير المشترى باخذه (بعشرة فى الثانى) اى فيما اذا وجده تسعة ونصفا لانه لما افرد كل ذراع ببدله نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص (وعند محمد يخير فى اخذه فى الاول) اى فيما وجده عشرة ونصفا (بعشرة ونصف وفى الثانى) اى فيما وجده تسعة ونصفا (بتسعة ونصف) لان من ضرورة مقابلة الذراع بالدراهم مقابلة نصفه بنصفه قيل هذا فى ثوب يضره القطع واما الكرباس

الذى لايضره القطع ولايتفاوت جوانبه فلايطيب للشترى مازاد على المشروط

﴿ فصل ﴾

فيمايدخل فى البيع تبعا بغير تسمية ومالايدخل والاصل ان كل ماهو متناول اسم المبيع عرفا اوكان متصلا بالمبيع اتصال قراراوكان من حقوق المبيع ومرافقه يدخل فى البيع بلاذكر صريح ونعنى بالقرار الحال الثانى على معنى ان ماوضع لان يفصله البشر بالآخرة ليس باتصال قرار وما وضع لا لان يفصله منه فهو اتصال قرار ثم فرع على هذا الاصل فقال (يدخل البناء والمفاتيح فى بيع الدار بلا ذكر) لان البناء متصل بالارض اتصال قرار فيدخل فى المبيع تبعا وكذا مفتاح غلق متصل بباب الدار بخلاف المنفصل وهو القفل فانه ومفتاحه لايدخلان والبناء فى الاصل بمعنى المبنى ويدخل الباب والسلم ولو من خشب ان كان متصلا به بخلاف المنفصل والسرير كالسلم وفى التبيين ينبغى ان يدخل السلم مطلقا فى عرف اهل مصر لان بيوتهم طبقات لاينتفع بها بدونه وفى المنح ويدخل الحجر الاسفل من الرحى وكذا الاعلى استحسانا اذا كانت مركبة فى الدار لا المنقولة وفى الخانية لو اشترى بيت الرحى بكل حق هوله اوبكل قليل وكثير هو فيه ذكر محمد فى الشروط ان له الاعلى والاسفل وكذا لوكان فيه نحاس موصولا بالارض وقيل الاعلى لايدخل ويدخل الاشجار فى صحنها والبستان فيها صغيرا اوكبيرا وان كان خارج الدار لايدخل وان كان له باب فى الدار وقيل ان كان اصغر من الدار ومفتحه فيها يدخل وان اكبر اومثلها لاوكذا تدخل البئر الكائنة فى الدار والبكرة على البئر ولايدخل الدلو والحبل المعلقات عليها الا اذقال بمرافقها وفى التبيين وثياب الغلام والجارية يدخل فى البيع الا ان يكون ثيابا عالية اذ العرف فيهما جار على ثياب البذلة ثم البايع بالخيار ان شاء اعطى الذى عليه وان شاء اعطى غيره وخطام البعير والحبل المشدود فى عنق الحمار والعذار والبردعة والاكاف يدخل للعرف بخلاف سرج الدابة ولجامها والحبل المشدود على قرن البقر والجل وفصيل الناقة وفلو الرمكة وجحش الاتان والعجول والحمل ان ذهب به مع الام الى موضع البيع دخل فيه للعرف والافلا (وكذا) يدخل (الشجر فى بيع الارض) بلا ذكر مثمرة كانت الاشجار اولا على الاصح اذا كانت موضوعة فى الارض للقرار فتدخل تبعا صغيرة كانت اوكبيرة الا اليابسة فانها على شرف القلع فهى كالحطب الموضوع وقيدنا بكونها موضوعة فى الارض لانه لوكانت فيها اشجار صغار تحول فى فصل الربيع وتباع فانها ان كانت تقلع من اصلها

تدخل في البيع وتكون للمشترى وان كانت تقطع من وجه الارض فهى للبايع الا بالشرط وفي البحر باع ارضا فيها قطن لم يدخل الثمر واما اصله فمنهم من قال لايدخل على الصحيح واما الكراث وما كان مثله فما كان على ظاهر الارض لايدخل وما كان مغيبا في الارض من اصوله اختلفوا فيه والصحيح انه يدخل وفي الكركى والاصل ان ما كان لقطعه مدة معلومة فهو كالثمر فلا يدخل وماليس لقطعه مدة معلومة يدخل كالشجرة وشجرة الخلاف للمشترى وكذا كل ماكان له ساق ولايقطع اصله حتى كان شجرا واصل الآس والزعفران للبايع والقصب فى الارض كالثمر واما عروقها فتدخل فى البيع وقوائم الخلاف والباذنجان تدخل فى البيع ذكره السرخسى والامام الفضلى جعل قوائم الخلاف كالثمر بلغ اولا انقطع اولا و به يفتى (ولو اطلق شراء شجرة) اى لم يعين بان شراءها للقطع اوللقرار (دخل مكانها) اى مكان الشجرة من الارض بمقدار غلظها فى البيع (عند محمد وهو المختار) لتضمنه القرار اذ الشجر اسم للمستقر على الارض ولاقرار بدونها فيتقدر بقدرها كما لو اقر بالشجرة لفلان يدخل ارضها وكما لو اقتسمها وقيل يتقدر بقدر ساقها وقيل بقدر ظلها عند الزوال وقيل بقدر عروقها العظام هذا اذا لم يعين قدرا فان عين يدخل المعين (خلافا لابى يوسف) فانه قال دخل عينها لاغير كما فى الشراء للقطع اذ الارض اصل والشجر تبع فلو دخلت الارض يصير الاصل تبعا قيد بالاطلاق لانه لو اشتراها للقطع لاتدخل الارض اتفاقا وان اشتراها للقرار دخلت ماتحت الشجرة من الارض بقدر غلظها دون ماتنتهى اليه العروق اتفاقا (ولايدخل الزرع فى بيع الارض) بلا ذكر بالاجماع لانه متصل به للفصل فاشبه المتاع الموضوع فى البيت (ولا) يدخل (الثمر فى بيع الشجر الا باشتراطه) اى اشتراط المشترى دخول الزرع فى بيع الارض ودخول الثمر فى بيع الشجر لقوله عليه السلام من باع نخلا او شجرا فيه ثمر فثمرته للبايع الا ان يشترط المبتاع اى يقول المشترى اشتريت مع زرعه او مع ثمره فيدخل والا فلا مطلقا وعند الائمة الثلثة لو كانت مؤبدة تدخل والالا (وان) وصلية (ذكر الحقوق والمرافق) لانهما ترجع الى مثل المسيل والشرب والطريق لاالى الزرع والثمر فلو قال بعتكها بكل قليل وكثير هو له فيها او منها من حقوقها او من مرافقها لايدخل وان لم يقل من حقوقها او مرافقها دخل اتفاقا لانه حينئذ يكون من المبيع بخلاف الثمر المجذوذ او الزرع المحصود حيث لايدخل الا بالتنصيص عليه (ويقال للبايع) على تقدير عدم الدخول (اقلعه) اى الزرع (واقطعها) اى الثمر وتأنيث الضمير لما ان الاسم الذى يفرق بينه وبين واحده بالتاء يذكر ويؤنث (وسلم المبيع) فان التسليم لازم عليه وذلك لايكون الا بالتخلية وعند الائمة الثلثة للبايع تركها حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد

الزرع (وكذا لايدخل) في بيع الارض (حب بذر) ماض مجهول صفة حب (ولم ينبت بعد) اونبت وصارله قيمة وتعرف قيمته بتقوم الارض مبذورة وغيرها فان كانت قيمتها مبذورة اكثر علم انه صار متقوما (وان نبت البذر (ولم تصرله قيمة) بعد (دخل) في البيع (وقيل لا) يدخل وصرح في التجنيس بان الصواب الدخول كما نص عليه القدورى والاسبيجابي وفصل في الذخيرة في غيرالنابت بين مااذا لم يعفن اولا فان عفن فهو للمشترى لان العفن لايجوز بيعه على الانفراد فصار كجزء من اجزاء الارض وفي البحر وصحح في السراج عدم الدخول الابالذكر وصحح في المحيط دخول الزرع قبل النبات فالحاصل ان المصحح عدم الدخول ولولم يكن له قيمة الاقبل النبات فالصواب دخول مالا قيمة له فاختلف الترجيح فيما لاقيمة له وعلى هذا الخلاف الثمر الذى لاقيمة له (ومن باع ثمرة بدا صلاحها او لم يبد) من البدو بالضمتين والتشديد الظهور (صح) لانه مال متقوم امالكونه منتفعا به في الحال اوفي المآل وقيل لايجوز قبل بدوالصلاح وهو قول الائمة الثلثة وانما قيد ببدو صلاحها لان بيعها قبل البدو لا يصح اتفاقا وقبل بدو الصلاح بشرط القطع في المنتفع به صحيح اتفاقا وبعد ماتناهت صحيح اتفاقا اذا اطلق وان بشرط الترك ففيه اختلاف سيأتى فصار محل الخلاف البيع بعد الظهور قبل بدو الصلاح مطلقا اى بلاشرط القطع ولابشرط الترك فعند الائمة الثلثة لايجوز وعندنا يجوز ولكن اختلفوا فيما اذا كان غيرمنتفع به الآن اكلا وعلفا للدواب فقيل بعدم الجواز ونسبه قاضيخان لعامة مشايخنا والصحيح الجواز كما في البحر وفي الفتح والحيلة في جوازه باتفاق المشايخ ان يبيع الكمثرى اول ما يخرج مع الاوراق فيجوز فيها تبعا للاوراق كانه ورق كله وان كان ينتفع به ولوعلفا للدواب فالبيع جائز باتفاق اهل المذهب اذا باع بشرط القطع اومطلقا وفي الشمني وانما الخلاف في تفسير بدو صلاحها وعندنا على مافي المبسوط هو ان يأمن العاهة والفساد وعلى مافي الخلاصة عن التجريد ان يكون منتفعا به وعند الشافعي ظهور النضج ومبادى الحلاوة (ويقطعها المشترى للحال) تفريغا لملك البايع واجرة القلع على المشترى (وان شرط تركها) اى الثمرة (على الشجر) حتى تدرك (فسد) البيع لانه شرط لايقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير اولانه صفقة في صفقة لانه اجارة في البيع ان كانت للمنفعة حصة من الثمن اواعارة في بيع ان لم تكن لها حصة من الثمن كما في اكثر المعتبرات قال في البحر وتعقبهم في الغاية بانكم قلتم ان كلا من الاجارة والاعارة غير صحيح فكيف يقال انه صفقة في صفقة

وجوابه انه صفقة فاسدة فى صفقة صحيحة فسدتا جميعا انتهى هذا مسلم ان كانت الاجارة فاسدة وان باطلة فلالما سيأتى ان اجارة النخيل باطلة والباطل عبارة عن المعدوم المضمحل والمعدوم لايصلح متضمنا فيلزم فى هذه الصورة ان لا توجد صفقة فى صفقة فلا يندفع الاشكال تأمل (ولو) وصلية اى ولو كان (بعد تناهى عظمهما) عند الشيخين وهو القياس لان ما زاد وحدث من الترك فى ملك البايع مضموم عند البيع وهو مجهول (خلافا لمحمد) فانه قال يفسد فى المتناهية استحسانا لانه شرط متعارف وهو قول الائمة الثلثة وفى البحر نقلا عن الاسرار الفتوى على قول محمد و به اخذ الطحاوى وفى المنتقى ضم اليه ابا يوسف وفى التحفة والصحيح قولهما لان التعامل لم يكن بشرط الترك وانما كان بالاذن بالترك من غير شرط (وكذا) يفسد (شراء الزرع) بشرط الترك لما قررنا (وان تركها) اى الثمرة الغير المتناهية على الشجر (باذن البايع بلا اشتراط) تركها حالة العقد (طاب له) اى للمشترى (الزيادة) الحاصلة فى ذات الثمرة بالترك لانه حصل بطريق مباح (وان تركها) اى الثمرة (بغير اذنه) اى البايع (تصدق بما زاد فى ذاتها) لحصوله بطريق محظور و يعرف مقدار الزائد بالتقويم يوم البيع و يوم الادراك وماتفاوت بينهما يكون زائدا (وان تركها) اى الثمرة (بعد ماتناهت) بغير اذنه الى ان تدرك (لايتصدق) المشترى (بشئ) لان الثمرة اذا صارت بهذه المثابة لايتحقق زيادة فيها وانما هو تغير وصف هو من اثر الشمس والقمر والكواكب (وان استأجر) المشترى (الشجر بطلت الاجارة) اى لو اشتراها مطلقا عن الترك والقطع ثم استأجر الشجر الى وقت ادراك الثمر بطلت الاجارة (وطابت الزيادة) لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقى الاذن معتبرا فتطيب (وان استأجر) المشترى (الارض لترك الزرع) الى ان يستحصد (فسدت) الاجارة لجهالة المدة فقد يتقدم الادراك اذا تعجل الحر وقد يتأخر اذا طال البرد (ولا تطيب الزيادة) الحاصلة فيها للخبث والحاصل ان الاذن فى الاجارة الباطلة صار اصلا اذا الباطل عبارة عن المعدوم المضمحل والمعدوم لايصلح متضمنا فصار الاذن مقصودا ولا كذلك فى الفاسد لان الفاسد ما كان موجودا باصله فائتا بوصفه فامكن جعله متضمنا للاذن وفساد المتضمن يقتضى فساد ما فى الضمن فيفسد الاذن فيتمكن الخبث وفى العناية كلام فليطالع (ولو اثمرت) الشجرة (ثمرا آخر) بعد شراء الموجود (قبل القبض) بتخلية البايع بين المشترى و بين الثمرة (فسد البيع) ان لم يحلل له البايع لتعذر التسليم بسبب الاختلاط وعدم التميز هذا اذا لم يعرف الحادث بالموجود

فان عرف فالعقد صحيح على حاله وكذا اذا حلل له البايع كما فى الكافى (ولو) اثمرت الشجرة ثمرا آخر (بعد القبض) اى بعد قبض المشترى المبيع بالتخلية فلا يفسد بالاختلاط ولكنهما (يشتركان) فيه لاختلاط ملك احدهما للآخر (والقول فى قدر الحادث للمشترى) مع يمينه لكونه فى يده وفى التبيين وكذا فى الباذنجان والبطيخ فحاصله ان لهذه المسئلة ثلث صور احديها اذا خرج الثمار كله فانه يجوز بيعه بالاتفاق وحكمه مامضى وثانيها ان لا يخرج شئ منه فانه لا يجوز بيعه اتفاقا وثالثها ان يخرج بعضها دون بعض فانه لا يجوز فى ظاهر المذهب وقيل يجوز اذا كان الخارج اكثر ويجعل المعدوم تبعا للموجود استحسانا لتعامل الناس وللضرورة وكان شمس الائمة الحلوانى وابو بكر بن الفضل يفتيان به وقال شمس الائمة السرخسى والاصح انه لا يجوز وفى البحر وهو ظاهر المذهب لكن فى الفتح فان الناس تعاملوا بيع ثمار الكرم بهذه الصفة ولهم فى ذلك عادة ظاهرة وفى نزع الناس عن عاداتهم حرج وقد رأيت فى هذا رواية عن محمد وهو فى بيع الورد على الاشجار فان الورد لا يخرج جملة ولكن يتلاحق البعض البعض ثم جوز البيع فى الكل بهذا الطريق وهو قول مالك والمخلص ان يشترى اصول الباذنجان والبطيخ والرطبة ليكون ما يحدث على ملكه وفى الزرع والحشيش يشترى الموجود ببعض الثمن ويستأجر مدة معلومة يعلم غاية الادراك وانقضاء الغرس فيها بباقى الثمن وفى ثمار الاشجار يشترى الموجود ويحل له البايع ما يوجد فان خاف ان يرجع يفعل كما قال ابو الليث فى الاذن فى ترك الثمر على الشجر على انه متى رجع عن الاذن كان مأذونا فى الترك باذن جديد فيحل له على مثل هذا الشرط انتهى (ولو باع ثمرة) على شجرة (واستثنى منها) اى من الثمرة المبيعة المجذوذة اوغيرها (ارطالا معلومة صح) اى البيع والاستثناء فى ظاهر الرواية وهو مذهب مالك لان المستثنى معلوم بالعبارة والمبيع معلوم بالاشارة وجهالة قدره لا يمنع الجواز الا ترى ان بيعه مجازفة جائز والاصل ان ما جاز بيعه ابتداء يجوز استثناؤه كبيع صبرة الا قفيزا وقفيز من صبرة بخلاف الحمل واطراف الحيوان حيث لا يجوز استثناؤه لانه لا يجوز بيعه ابتداء (وقيل لا) يصح وهو رواية الحسن والطحاوى وهو قول الشافعى واحمد لجهالة الباقى وهو اقيس بمذهب الامام فى مسئلة بيع صبرة طعام كل قفيز بدرهم فانه افسد البيع بجهالة قدر المبيع وقت العقد وهو لازم فى استثناء ارطال معلومة على الاشجار وان لم يفض الى المنازعة فالحاصل ان كل جهالة تفضى الى المنازعة مبطلة فليس يلزم ان مالا يفضى اليها يصح معها بل لابد من عدم

الافضاء اليها فى الصحة من كون المبيع على حدود الشرع الاترى ان المتبايعين قد تراضيا على شرط لايقتضيه العقد وعلى المبيع باجل مجهول ولايعتبر ذلك مصححا كما فى الفتح وفى المنح وقد يفهم من كلام الزيلعى ان رواية عدم الجواز هى رواية الحسن وحده وليس كذلك بل هى رواية ابى يوسف ايضا عن الامام وتمامه فيه فليطالع ثم محل الاختلاف ماذا استثنى معينا فان استثنى جزأ كربع وثلث فانه صحيح اتفاقا وكذا لوكان الثمر مجذوذا واستثنى منه ارطالا جاز وقيد بالارطال لانه لو استثنى رطلا واحدا جاز اتفاقا لانه استثناء القليل من الكثير بخلاف الارطال لجواز ان لايكون ذلك فيكون استثناء الكل من الكل (ويجوز بيع البر) والشعير والعدس حال كونه (فى سنبله ان بيع بغير جنسه) وان بيع بجنسه لايجوز لشبهة الربوا (وكذا) يجوز بيع (الباقلاء) هو بالقصر والتشديد او بالمد والتخفيف الحب المعروف (فى قشره والارز والسمسم وكذا) يجوز بيع (اللوز والفستق) بضم الفاء والتاء وسكون السين (والجوز فى قشرها الاول) قيد للجميع وانما قيد بالاول وهو الاعلى تنصيصا على موضع الخلاف فان الشافعى لايجوز بيع ذلك كله وله فى بيع السنبلة قولان وعندنا يجوز ذلك كله وعلى البايع تخليصها وتسليمها الى المشترى هو المختار وفى الكافى وغيره وللشافعى ان البيع مستور بشئ لامنفعة له وصار كتراب الصاغة اى كبيع تراب الفضة بتراب الفضة او بالفضة ولنا انه عليه السلام نهى عن بيع النخل حتى يزهى وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة وحكم مابعد الغاية يخالف ماقبلها فظاهره يقتضى الجواز بعد وجود الغاية وعنده لايجوز حتى يخرج من قشره الاول انتهى لكن الاستدلال بمفهوم الغاية لايجوز عندنا الا ان يقال انه مبنى على الزام الشافعى بمذهبه فى المفهوم وان لم يكن معتبرا عندنا فيكون جوابا الزاميا على مذهبه ويسمى جدلا فعلى هذا يندفع به اعتراض صاحب العناية فلا يلزم عليهما ماقال صاحب الدر تأمل (واجرة الكيل) فى مثل البر للكيال (وعد المبيع) اى احرة العد فى مثل الغنم للعداد (ووزنه) اى اجرة الوزن فى مثل العسل للوزان (وذرعه) اى اجرة الذرع فى مثل الاض للذراع (على البايع) فيما بيع بشرط الكيل والعد والوزن والذرع لانه من تمام التسليم وتسليم المبيع عليه وكذا ماكان من تمامه قيد بالكيل لان صب الحنطة فى الوعاء على المشترى وكذا اخراج الطعام من السفينة وكذا قطع العنب المشترى جزافا عليه وكذا كل شئ باعه جزافا كالتوم والبصل والجزر اذا خلى بينهما وبين المشترى وكذا قطع الثمر اذا خلى بينهما وبين المشترى كما فى البحر وغيره

لكن في الفتح وصبها في وعاء المشترى على البايع ايضا هو المختار (واجرة نقد الثمن) اى تمييز جيده عن رده (ووزنه على المشترى)لانه يحتاج في تسليم الثمن الى تعيين قدره وصفته فتكون مؤنته عليه وكذامؤنة تمييز الجيد عن غيره هو الصحيح كما في الخلاصة وهو ظاهر الرواية كما في الخانية وبه يفتى كما في الزاهدى وغيره الا اذا قبض البايع الثمن ثم جاء يرده بعيب الزيافة فانه على البايع واما اجرة نقد الدين فانه على المديون الا اذا قبض رب الدين الدين ثم ادعى عدم النقد فالاجرة على رب الدين كما في البحر (وفي بيع سلعة بثمن) اى بدراهم ودنانير (سلم هو اولا) اى سلم الثمن قبل المبيع اذاوقع المنازعة بينهما في تسليم المبيع والثمن قيل للمشترى ادفع الثمن اولا لان حق المشترى تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البايع بالقبض لما انه يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة في تعيين حق كل واحد منهما خلافا للشافعي في قول هذا اذا كان المبيع حاضرا وان غائبا فلا يسلم حتى يحضر البايع المبيع على مثال الراهن مع المرتهن وفي البزازية باع بشرط ان يدفع المبيع قبل نقد الثمن فسد البيع لانه لا يقتضيه العقد و قال محمد لايصح لجهالة الاجل ان لم يكن البيع) البيع(مؤجلا) فانه لو كان مؤجلا لايمكن التسليم اولا بل يجب تسليم المبيع وان اسقط البايع حقه بالتأجيل فلا يسقط حق المشترى في قبض المبيع (وفي بيع سلعة بسلعة) هذا بيع المقايضة على ما مر (اوثمن بثمن) ويسمى هذا بيع الصرف (سلما معا) تسوية بينهما في العينية والدينية فلا ضرورة في تقديم احدهما بالدفع لكن لابد من معرفة التسليم والتسلم الموجب للبراءة وفي التجريد تسليم المبيع ان يخلي بينه وبين المبيع على وجه يتمكن من قبضه من غير حائل وكذا تسليم الثمن و في الاجناس يعتبر في صحة التسليم ثلثة معان ان يقول خليت بينك وبين المبيع وان يكون المبيع بحضرة المشترى على صفة يتأتى فيه النقل من غير مانع وان يكون مفرزا غير مشغول بحق غيره وعن الو برى المتاع لغير البايع لايمنع فلو اذن له بقبض المتاع والبيت صح وصار المتاع وديعة عنده وكان الامام يقول القبض ان يقول خليت بينك وبين المبيع فاقبضه ويقول المشترى وهو عند البايع قبضته فلو اخذه برأسه وصاحبه عنده فقاده فهو قبض دابة او بعيرا وان كان غلاما او جارية فقال المشترى تعال معي او امش فخطى معه فهو قبض وكذا لو ارسله في حاجته وفي الثوب ان اخذه بيده او خلى بينه وبينه وهو موضوع على الارض فقال خليت بينك وبينه فاقبضه فقال قبضته فهو قبض وكذا القبض في البيع الفاسد بالتخلية ولو اشترى حنطة في بيت ودفع البايع المفتاح له وقال خليت

بينك وبينها فهو قبض وان لم يقل شيئا لا يكون قبضا ولو باع دارا غائبة فقال سلمتها اليك فقال قبضتها لم يكن قبضا وان كانت قريبة كان قبضا وهي ان تكون بحال يقدر على اغلاقها والا فهي بعيدة وتمامه في البحر فليطالع وفي التنوير وجد البايع الثمن زيوفا ليس له استرداد السلعة وحبسها به قبض بدل الجياد زيوفا ثم علم بها يردها ويسترد الجياد ان قائمة والا فلا اشترى شيئا وقبضه ومات مفلسا قبل نقد الثمن فالبايع اسوة للغرماء ولو لم يقبضه فالبايع احق به اتفاقا

باب الخيارات

وفي المستصفى العلل نوعان عقلية وهي ما لا يجوز تراخي الحكم عنها كالسواد مع الاسوداد ولذلك قال الشيخ ابو نصر العلة العقلية ما اذا وجد يجب الحكم به وشرعية كالبيت للحج والاوقات للصلاة والبيع للملك وفي مثل هذه العلة يجوز تراخي الحكم عن علته الا انه لا يجوز تخلف الحكم عن العلة الاعلى قول من يجوز تخصيص العلة واعلم ان الموانع انواع مانع يمنع انعقاد العلة كما اذا اضاف البيع الى حر ومانع يمنع تمام العلة كما اذا اضاف الى مال الغير ومانع يمنع ابتداء الحكم كخيار الشرط ومانع يمنع تمام الحكم كخيار الرؤية ومانع يمنع لزوم الحكم كخيار العيب فقدم خيار الشرط على انواعه لهذا وفي البحر والخيارات في البيع لا تنحصر في الثلثة بل هي ثلثة عشر خيارا خيار الشرط خيار الرؤية خيار العيب خيار الغبن خيار الكمية خيار الاستحقاق خيار كشف الحال خيار تفرق الصفقة بهلاك البعض قبل القبض خيار اجازة عقد الفضولي خيار فوات الوصف المشروط المستحق بالعقد خيار التعيين خيار الخيانة في المرابحة خيار نقد الثمن وعدمه (صح خيار الشرط) اى الاختيار للفسخ او الاجازة بسبب شرطه ولو بعد البيع فالخيار اسم من الاختيار والاضافة من قبيل اضافة الحكم الى علته وسببه وهي بين الفصحاء والفقهاء شايعة فلا حاجة الى ما قيل من انه لو قال صح شرط الخيار لكان اولى لان الموصوف بالصحة شرط الخيار لا نفس الخيار تدبر (لكل من العاقدين) اى البايع والمشترى منفردا (ولهما معا) اى صح الخيار للبايع والمشترى جميعا في مبيع او بعضه صرح في السراجية حيث قال اشترى مكيلا او موزونا او عبدا وشرط الخيار في نصفه او ثلثه او ربعه جاز كما في البحر (ثلثة ايام) بالنصب على الظرف او بالرفع على الابتداء والخبر هو الظرف المتقدم ويجوز ان يكون هو مبتدأ على نحو قوله تعالى ومنهم دون ذلك فيكون من قبيل التجاذب كما في التهستاني لكن في الفتح والصواب ان يقدر مدته بثلثة ايام فما دونها (لا اكثر) من ثلثة ايام

عند الامام وزفر والشافعي لقوله عليه السلام لحبان بن منقذ يغبن في البياعات اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلثة ايام ووجهه ان شرط الخيار مخالف لمقتضى العقد وهو اللزوم اولا فيكون مفسدا لكنه جوز بهذا النص على خلاف القياس فيقتصر على المدة المذكورة لا ما فوقها وفي البحر وحين ورد النص به جعلناه داخلا على الحكم مانعاله تقليلا لعمله بقدر الامكان ولم نجعله داخلا على اصل البيع للنهي عن بيع بشرط والبيع الذي شرط فيه الخيار يقال فيه علة اسما ومعنى لا حكما وللخالي عنه علة اسما ومعنى وحكما (الا ان اجاز) اى من له الخيار (في الثلثة) يعني لا يجوز الخيار اكثر من ثلثة ايام لكن لو ذكر اكثر منها واجاز في ثلثة باسقاط خيار الاكثر جاز عند الامام ولا اعتبار لاوله لزوال المفسد قبل تقرره فانقلب صحيحا وقد اختلفوا في صفة العقد فقيل انعقد فاسدا ثم يعود صحيحا بزوال المفسد في ظاهر الرواية وهو قول العراقيين وقيل موقوف على اسقاط الشرط فبمضي جزء من الرابع يفسد فلا ينقلب صحيحا وهو مختار السرخسي وفخر الاسلام وغيرهما من مشايخ ماوراء النهر وعند زفر والشافعي يفسد من اول الامر اذا شرط الزيادة على الثلث ولو ساعة فلا ينقلب جائزا كالنكاح بغير شهود حيث لا ينقلب صحيحا بالاشهاد (وعندهما يجوز اكثر من الثلث ان بين مدة معلومة اى مدة كانت) طويلة او قصيرة لما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما انه اجاز الخيار الى شهرين ولان الخيار شرع للتروى لدفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فشابه التأجيل في الثمن قيد بمعلومة لان الخيار اذا كان مجهولا بان قال اشتريت على انى بالخيار اياما او قال مؤبدا فانه غير جائز اتفاقا وفي الخلاصة لو اثبت الخيار ولم يذكر وقتا فله الخيار مادام في المجلس (وان اشترى) شخص شيئا (على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام فلا بيع صح) البيع استحسانا اذا نقد في الثلاث والقياس وهو قول زفر والائمة الثلثة لا يجوز لانه بيع شرطت فيه الاقالة فهو مفسد ولنا ان ابن عمر رضي الله عنهما باع ناقة بهذا الشرط ولم ينكر عليه احد من الصحابة رضي الله تعالى عنهم ولانه في معنى شرط الخيار فلا يفسده قيد بقوله الى ثلثة لانه لو لم يبين الوقت اصلا او ذكر وقتا مجهولا فالبيع فاسد اتفاقا (و) ان اشترى على انه ان لم ينقد الثمن (الى اربعة ايام لا) يصح البيع عند الامام لان هذا في معنى الخيار من حيث ان الملحق منها التفكر وشرط فوق الثلثة مفسد فكذا بهذا وعن ابي يوسف روايتان واصحهما انه مع الامام (الا ان ينقد في الثلثة) اى اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى اربعة او اكثر فنقد في الثلاث جاز بالاجماع كما في شرط الخيار لزوال المفسد

(وعنـد محمد يجوز الى اربعة) ايام (واكثر) كما فى خيار الشرط جريا على اصله وابو يوسف كان مع محمد فى هذا الاصل لكن خالفه فى هذه المسئلة عملا بالنهى الوارد عن البيع بشرط الا ان النص ورد فى شرط الخيار فجاز فبقى الحكم فى المسئلة على مقتضى النهى لكن يشكل قول ابى يوسف بتجويز الزيادة على شهرين لعدم الاثر فى الزيادة مع انها تجوز تأمل (وخيار البايع يمنع خروج المبيع عن ملكه) وان قبضه المشترى باذن البايع لان خروجه انما يكون برضاء البايع والخيار ينافيه فيصح تصرف البايع فى المبيع فى مدة الخيار تصرف الملاك من الهبة والعتق والوطئ وغيرها ويصير فسخا للبيع فيخرج الثمن عن ملك المشترى اتفاقا لكنه لايدخل فى ملك البايع عند الامام وقالا يدخل (فان قبضه) اى المبيع (المشترى) سواء باذن البايع اولا (فهلك) عنده فى مدة الخيار حتى لو هلك عند البايع ينفسخ البيع ولاشئ على المشترى (لزم قيمته) اى قيمة المبيع على المشترى لان خيار البايع لايسقط عن المبيع الهالك فيقع الهلاك على ملكه فينفسخ البيع لعدم امكان اللزم اذ لو لزم للزم بعد الهلاك وذا لايجوز لعدم المحل فكان مضمونا كالمقبوض على سوم الشراء لان بطلان العقد لايبطل المساومة فوجب الضمان بالقيمة ان قيميا و بالمثل ان مثليا ولم يذكر المثل كما ذكره البعض اكتفاء بذكر الاصل فى الضمان قيدنا فى مدة الخيار لانه لو هلك بعد تمام المدة يجب عليه الثمن لا الضمان لان العقد قد لزم بعد تمامها (وخيار المشترى لايمنع) خروج المبيع عن ملك البايع اتفاقا للزوم البيع فى جانبه و يمنع خروج الثمن من ملك المشترى بالاتفاق والاصل ان البدل الذى من جانب من له الخيار لايخرج عن ملكه (فان هلك) المبيع (فى يده) اى المشترى (لزم الثمن) لان المبيع اذا قرب من الهلاك يكون معيبا لايمكن الرد فيلزم العقد الموجب الثمن المسمى خلافا للشافعى فان عنده يجب القيمة (وكذا) لزم الثمن (لو تعيب) فى يد المشترى اطلقه فشمل ما اذا عيبه المشترى او اجنبي او تعيب بآفة سماوية ولكن باقيا على اطلاقه وانما المراد عيب يلزم ولا يرتفع كما اذا قطعت يده واما جواز ارتفاعه كالمرض فهو على خياره ان زال المرض فى الايام الثلثة واما اذا مضت والعيب قائم لزم البيع لتعذر الرد كما فى البحر وغيره وانما لم يقل عيبا لايرتفع كما قال بعض الفضلاء لانه اذا كان العيب نظيرا لهلاك يفهم ان يكون العيب ممالا يرتفع كما لا يرتفع الهلاك لان الكلام فيما لايمكن رده على وجه قبضه اولا تأمل (الا انه) اى المبيع اذا خرج عن ملك البايع فيما اذا شرط الخيار للمشترى (لايدخل فى ملك المشترى) عند الامام كيلا يجتمع البدل والمبدل منه فى ملك

شخص واحد (خلافا لهما) فان عندهما يدخل وهو قول الائمة الثلثة لانه لما خرج المبيع عن ملك البايع وجب ان يدخل فى ملك المشترى كيلا يصير سائبة بغير مالك قيده بكون المبيع فى يد المشترى لانه لو هلك قبل القبض فلاشئ عليه اتفاقا ولم يذكر حكم ما اذا كان الخيار لهما ففى اكثر المعتبرات لايخرج شئ من المبيع والثمن من ملك البايع والمشترى اتفاقا (فلو اشترى زوجته بالخيار) هذا تفريع لماقبله (لايفسد النكاح) عند الامام لانه لايملكها باعتبار الخيار و يفسد عندهما لانه يملكها (وان وطئها) اى الزوجة المشتراة بالخيار (فله) اى للزوج المشترى (ردها) عند الامام (لانه) اى الوطئ (بالنكاح) اى بحكم ملك النكاح لبقائه لابحكم ملك اليمين لعدمه وعندهما ليس له ان يردها مطلقا (الا فى البكر) فانها لاترد اتفاقا لان الوطئ ينقصها عنده وعندهما الوطئ بملك اليمين وظاهره انه لو نقصها وهى ثيب فالحكم كذلك كما فى البحر (ولو ولدت) تلك المشتراة اوحبلت منه (فى مدته) اى فى مدة الخيار بالنكاح (لاتصير) تلك المشتراة (ام ولده) اى الزوج المشترى عند الامام خلافا لهما فان عندهما تصير ام ولدله لو ادعى الولد لانه ولد والفراش ضعيف كما فى الاصلاح لكن الكلام فى الحامل من المشترى بالنكاح فلاحاجة الى قيد الدعوة تدبر ومحله ما اذا كان قبل القبض اما بعده سقط الخيار اتفاقا وتصير ام ولد للمشترى لانها تعيبت عنده بالولادة فعلى هذا لو قال ولو ولدت فى مدته بالنكاح قبل القبض كما فى اكثر المعتبرات لكان اولى تدبر (ولو اشترى قريبه) اراد به ذا رحم محرم منه (به) اى بالخيار (او) اشترى (عبدا) اوامة (بعد قوله ان ملكت عبدا) اوامة (فهو حر لايعتقان) عند الامام لعدم الدخول خلافا لهما بخلاف ما اذا قال ان اشتريت لانه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء فسقط الخيار فيعتق عندهم جميعا (ولايعد حيض) الجارية (المشتراة به) اى بالخيار اذا حاضت (فى مدته) اى مدة الخيار (من الاستبراء) عند الامام خلافا لهما (ولااستبراء على البايع ان ردت) الجارية (به) اى بالخيار عند الامام سواء كان قبل القبض اوبعده لانه لم يدخل فى ملك غيره وعندهما ان كان الرد قبل القبض لايجب على البايع الاستبراء استحسانا والقياس ان يجب لتجدد الملك وان كان بعده يجب قياسا واستحسانا واجمعوا فى البيع البات يفسخ باقالة وغيرها ان الاستبراء واجب على البايع اذا كان الفسخ قبل القبض قياسا و بعده قياسا واستحسانا كما فى العناية (ولو قبض المشترى به) اى بالخيار (المبيع باذن البايع ثم اودعه) اى اودع المشترى المبيع (عنده) اى البايع (فهلك) فى يد البايع فى المدة او بعدها (فهو على البايع) عند الامام ولاشئ على المشترى (لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك)

فلا يثبت الايداع بل يصير رده لرفع القبض فيقع الهلاك قبل قبض المشترى وهو يبطل البيع وعندهما يهلك على المشترى و يلزمه الثمن لانه ملكه فصار مودعا ملك نفسه فهلاكه فى يد المودع كهلاكه فى يده هذا لو كان الخيار للمشترى ولو للبايع فسلم المبيع الى المشترى فاودعه البايع بطل البيع عند الكل ولو كان البيع باتا فقبض باذن البايع فهلك عنده بطل البيع عند الكل ولو كان البيع باتا فقبض المبيع باذن البايع او بغير اذنه ثم اودعه البايع فهلك كان على المشترى اتفاقا لصحة الايداع كما فى البحر (ولو اشترى) العبد (المأذون شيئا به) اى بالخيار (فابرأه بايعه عن ثمنه) فى المدة (يبق خياره) عند الامام لانه لما لم يملكه كان الرد امتناعا عن التملك (وله) اى للمأذون (الرد) بالخيار (لانه) اى المأذون (يلى عدم التملك) كما لو وهبت له هبة فامتنع عن القبول وعندهما بطل خياره لانه ملكه فكان الرد والفسخ منه تمليكا من البايع بلا بدل وهو تبرع والمأذون لايملكه وهذا يقتضى صحة الابراء لكن لايصح عند ابى يوسف قياسا و يصح عند محمد استحسانا (ولو اشترى ذمى من ذمى خمرا به) اى بالخيار (واسلم فى مدته بطل شراؤه) عند الامام (كيلا يتملكها) اى الخمر (مسلما بالاجازة) وعندهما بطل الخيار لانه ملكها فلايملك ردها وهو مسلم هذا فى اسلام المشترى اما لو اسلم البايع فلا يبطل بالاجماع وصار المشترى على حاله (خلافا لهما فى الجميع) اى جميع المسائل المذكورة من قوله فلو اشترى الى هنا وقد ذكر قولهما ووجههما عقيب كل مسئله وقد زاد بعض الشارحين على ما ذكره مسائل منها ما اذا تخمر العصير فى بيع مسلمين فى مدته فسد البيع عنده لعجزه عن تملكه وعندهما يتم لعجزه عن رده ومنها لو اشترى دارا على انه بالخيار وهو ساكنها باجارة او اعارة فاستدام سكناها قال السرخسى لايكون اختيارا وهو كابتداء السكنى وقال خواهر زاده استدامتها اختيار عندهما لملك العين وعنده ليس باختيار ومنها حلال اشترى ظبيا بالخيار فقبضه ثم احرم والظبى فى يده فينتقض عنده و يرد الى البايع وعندهما يلزم المشترى ولو كان الخيار للبايع ينتقض بالاجماع ولو كان للمشترى فاحرم للمشترى ان يرده ومنها اذا كان الخيار للمشترى وفسخ العقد فالزوائد ترد على البايع عنده لانها تحدث على ملك المشترى وعندهما للمشترى لانها حدثت على ملكه كما فى البحر (ومن له الخيار) سواء كان بايعا او مشتريا او اجنبيا فله ان يفسخه وله ان يجيزه واذا اراد الاجازة (يجيز) البيع (بحضرة صاحبه وغيبته) فى مدته بالقول او الفعل وان لم يعلم صاحبه بالاتفاق لكونه راضيا وقت اثبات الخيار (ولا يفسخ) البيع فى مدته (الا بحضرته) والمراد

بالحضرة علم صاحبه اوعلم من يقوم مقامه عند الطرفين لان الفسخ تصرف في حق صاحبه وذا لايجوز بدون علمه كالموكل اذاعزل الوكيل لايثبت حكم عزله في حقه مالم يعلم فالخيار باق على حاله (خلافا لابي يوسف) وهوقول زفر والائمة الثلثة فانهم يقولون يفسخ بغيبته ايضا لانه مسلط على الفسخ من طرف صاحبه فلايتوقف على علمه ولذا لايشترط رضاؤه فصار كالوكيل بالبيع هذا اذا كان الفسخ بالقول ولوكان بالفعل كالاعتاق والبيع والوطئ يجوز بلاعلمه بالاتفاق لانه حكمي ولايشترط العلم في الحكمي وذكر الكرخي ان خيار الرؤية على هذا الخلاف وفي خيار العيب لايصح فسخه بغيرعلمه بالاجماع لانه لايثبت الابالقضاء (فان فسخ) من له الخيار بغيبة صاحبه (وعلم به) الآخر (في المدة انفسخ) البيع لحصول العلم به (والا) اى وان لم يعلم به الآخر في المدة بل علم بعد مضي المدة (تم العقد) لوجود الرضاء دلالة حيث لم يتم الفسخ لايقال ان في شرط العلم ضررا لمن له الخيار اذيجوز ان يختفي صاحبه فلايصل اليه الخبر في مدته لانا نقول يمكن تداركه بان اخذمنه كفيلا يحضره في المدة اووكيلا يثق به حتى اذا بداله الفسخ رده عليه وقال بعضهم لورفع الامر الى الحاكم فنصب من يخاصم عنه صح الرد عليه (ويتم العقد ايضا بموت من له الخيار) ولاينتقل الى الورثة وقال الشافعي يورث عنه لانه حق لازم له في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب وبه قال مالك ولنا ان الغرض منه التأمل لغرض نفسه وقد بطلت اهلية التأمل بخلاف خيار العيب لان المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث لانه ورث خياره كذا قالوا اذا علمت هذا ظهر ان خيار التغرير وهو مااذاغر البايع المشتري او بالعكس ووقع البيع بينهما بغبن فاحش لايورث لانه مجرد حق ثبت للبايع اوللمشتري كما في خيار الشرط كما في المنح وقيد بموت من له الخيار لان الخيار لايبطل بموت من عليه الخيار اتفاقا (وكذا) يتم العقد و يبطل الخيار (بمضي المدة) فان اغمي عليه اوجن اونام اوسكر بحيث لايعلم حتى مضت المدة الصحيح انه يسقط الخيار كما في الاختيار خلافا لمالك (و يتم) بالاخذ (بشفعة بسبب المبيع) بشرط الخيار يعني لواشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار اخرى بجنبها في مدته وطلبها بطريق الشفعة فهذا الطلب رضى بتملك الدار الاولى لان طلب الشفعة بها يقتضي ابطال الخيار واجازة الشراء سابقا اذ الشفعة لاتصير الا بالملك وقيدنا بشرط الخيار لان طلبها لايسقط خيار الرؤية والعيب ولوقال و بالطلب بشفعة لكان اولى لان طلبها مسقط وان لم يأخذها كما في المعراج فلهذا قلنا في تصويرها وطلبها بطريق

الشفعة تدبر (و) يتم (بكل مايدل على الرضى) من قبيل عطف العام على الخاص (كالركوب لغير الاختبار) اى الامتحان فلوركب دابة لينظر الى سيرها لايدل على رضائه كالوركبها ليردها اوليسقيها اوليعلفها وفيه اشعار بانه لواستخدام الجار ية مرة للامتحان ثم اخرى فان كان من نوع واحد فهو رضي والا فلا وكذا اذا لبسه مرة كما في اكثر الكتب فعلى هذا يكون في عموم قوله لغير الاختبار نظر كما في الفرائد لكن يمكن ان يقال انه اعم من الاختبار اوبما في حكمه فيندفع به النظر تدبر (والوطئ) والتقبيل واللمس بشهوة والنظرالى الفرج بشهوة (والاعتاق وتوابعه) اى توابع الاعتاق كالتدبير والكتابة وكذا كل تصرف لاينفذ الافي الملك كالبيع والاجارة والاسكان والمرمة والبناء والتجصيص والهدم ورعى الماشية وحلب البقرة ومعالجة الدابة وكرى الانهار لان هذه التصرفات دليل الملك هذا كله اذا كان الخيار للمشترى ووجد منه شئ من هذه الاشياء وان كان الخيار للبايع وفعل هذه الاشياء انفسخ البيع (وان شرط المشترى الخيار لغيره) عاقدا اوغيره لعموم الغير (جاز) الشرط عندنا و يثبت لهما الخيار والقياس ان لايجوز وهوقول زفر لانه موجب العقد فلايجوز اشتراطه لغيرالعاقد كالثمن وجه الاستحسان انه يثبت له ابتداء ثم للغير نيابة تصحيحا لتصرفه والتقييد بالمشترى اتفاقى لان البايع لوشرط الخيارجاز ايضا كما في اكثر الكتب فعلى هذا لوقال وان شرط احدالمتعاقدين الخيار لاجنبي لكان اولى ليشمل البايع والمشترى وليخرج اشتراط احدهما للآخر فان قوله لغيره صادق بالبايع وليس بمراد كما في البحر وفي النوازل لوشرط الخيار لجيرانه ان عد اسماءهم جاز والافلا (وايهما) اى اى من المشترى والغير اوالبايع (اجاز البيع اوفسخ البيع صح) لان كلامنهما يملك التصرف اصالة اونيابة (وان اجاز) البيع (واحد) ممن شرط الخيارله من المتعاقدين والاجنبي (وفسخ الآخر) البيع (اعتبر السابق) ردا كان اواجازة لوجوده في زمان لايزاحمه فيه احد وتصرف الآخر بعده لغو (وان كانا) اى اللفظان وهما الاجازة والفسخ (معا) اى مجتمعين بان اجاز واحد وفسخ الآخر وخرج الكلامان معا (فالفسخ) اى فالمعتبر الفسخ في رواية لان الخيار شرع للفسخ فهو تصرف فيما شرع لاجله وكان اولى كما في الاختيار وصححه قاضيخان وقال الزيلعي وهو الاصح و به جزم المص وكثيرمن المتون فكان هوالمذهب وقيل يرجح تصرف العاقد بقضاء اواجازة لان الصادر عن نيابة لايصلح معارضا للصادر عن اصالة وفي البحر لوتفاسخا ثم تراضيا على فسخ الفسخ وعلى اعادة العقد بينهما جاز (فلو باع) شخص

(عبدين) متعين بالقابل والمقبول على انه (بالخيار فى احدهما) اى فى احد العبدين معينة اياه (من عينه) اى عين محل الخيار بان قال على انى بالخيار فى القابل مثلا (و فصل ثمن كل) واحد منهما بان قال القابل بالف والمقبول بالف ومائة (صح) البيع لان الذى فيه الخيار كالخارج عن العقد فكان الداخل فيه غيره الا ان ذلك الداخل معلوما وثمنه معلوما لايجوز اذ جهالة المبيع والثمن مفسد للبيع ولن يكونا معلومين الا بالتفصيل والتعيين (والا) اى وان لم يفصل الثمن ولم يعين محل الخيار اوان يفصله ولم يعينه اوان لايفصله و يعينه (فلا) يصح البيع لجهالة الثمن والمبيع اواحدهما فهذه اربعة انواع واما بيع عبد على انه بالخيار فى نصفه فجائز بلا تفصيل لان النصف من الواحد لايتفاوت وكذا الحكم فى بيع شئ من الكيلى اوالوزنى بالخيار فى نصفه لان ثمن الكل اذا كان معلوما يصير نصف الثمن معلوما والشيوع لايمنع الصحة والجواز ولافرق بين ان يكون الخيار للبايع اوللمشترى كما فى العينى (و يجوز خيار التعيين) للمشترى (وهو بيع احد الشيئين او ثلثة) اشياء (على ان يأخذ المشترى اياشاء) من الاثنين او الثلثة والقياس الفساد لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعى وجه الاستحسان انه فى معنى شرط الخيار لاحتياج الناس الى اختيار من يثق به واختيار من يشترى لاجله ولايمكنه البايع من الحمل اليه الا فى البيع فكان فى معنى ماورد به الشرع والجهالة لاتوجب الفساد بعينها بل لافضائها الى المنازعة ولامنازعة فى الثلاث لتعيين من له الخيار (ولايجوز فى اكثر من ثلثة) اشياء لعدم الحاجة اليها لاشتمال الثلثة على الجيد والردى والوسط فما فوقها باق على القياس لان ثبوت الرخصة بالحاجة والحاجة تندفع بالثلثة وفى البحر يجوز خيار التعيين فى جانب البايع كما يجوز فى جانب المشترى (و يتقيد تخيره بمدة خيار الشرط على الاختلاف) بين الامام وصاحبيه يعنى بثلثة ايام عنده و بمدة معلومة عندهما ثم قيل يشترط ان يكون فى هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور فى الجامع الصغير قال شمس الائمة هو الصحيح وقيل لايشترط كما يشعر به كلام المص وهو المذكور فى الجامع الكبير والمبسوط قالوا ووضعها فى الجامع الصغير مع خيار الشرط اتفاق لالانه شرط قال فخر الاسلام وهو الصحيح (والمبيع واحد) من الشيئين اوالثلثة فى هذه الصورة (والباقى امانة) فى يد المشترى ثم فرعه فقال (فلو قبض) المشترى لانه لولم يقبضه فهلك بطل البيع (الكل فهلك) فى يده (واحد اوتعيب) فى يده واحد (لزم البيع) بالثمن (فيه) اى فى الهالك اوالمتعيب لامتناع الرد بالهلاك اى بسبب العيب الذى حدث فيه عنده (وتعين الباقى للامانة) فى يده

لان الداخل تحت العقد احدهما والذى لم يدخل فى العقد قبضه باذن مالكه لا على سوم الشراء ولا بطريق الوثيقة وكان امانة فى يده فيرده (وان هلك الكل) فى يده (لزمه) اى المشترى (نصف ثمن كل) ان كان شيئين (او ثلثة) ان كان ثلثة لشيوع البيع والامانة مع عدم الاولوية ولافرق بين ان يكون الثمن متفقا او مختلفا وكذا لو كان الهلاك على التعاقب ولم يدر الاول بخلاف ما اذا تعيبا ولم يهلكا حيث يبقى خياره على حاله وله ان يرد احدهما الا ان المعيب محل لابتداء البيع وكذا التعيين بخلاف الهالك فانه ليس محلا لابتدائه فليس لتعيينه ولكن ليس له ان يردهما وان كان فيه خيار الشرط لان العيب يمنع من الرد بخيار الشرط كما فى المنح (وليس له) اى للمشترى بخيار التعيين (رد الكل) للزوم البيع فى احدهما (الا ان ضم اليه) الى خيار التعيين (خيار الشرط) فحينئذ له رد الكل فى مدته لانه امين فى احدهما فيرده بحكم الامانة وفى الآخر مشتر قد شرط الخيار لنفسه فيتمكن من رده واذا مضت الايام بطل خيار الشرط فلا يملك ردهما و بقى له خيار التعيين فيرد احدهما (و يورث خيار التعيين) يعنى لو مات من له خيار التعيين فللوارث رد احدهما لان المورث كان مخصوصا بتعيين ملكه المخلوط برضاء صاحبه فكذا وارثه حيث انتقل الملك اليه مخلوطا بملك الغير (و) يورث (خيار العيب) لان المورث استحق المبيع غير معيب فكذا الوارث فله رده ان كان معيبا وهذا معنى الارث فيهما فلا ينافى ماقيل انهما لا يورثان اى بنفسهما كيف والارث فيما يقبل الانتقال (لا) يورث (خيار الشرط و) خيار (الرؤية) لانهما يثبتان للعاقد بالنص والوارث ليس بعاقد وقال الشافعى يورث خيار الشرط لان الوارث ورث الملك على وجه التوقف كما كان فله خيار الشرط والانسب ذكر مسئلة الارث وعدمه فى آخر الخيارات كما لا يخفى تدبر (ولو اشتريا) اى الرجلان شيئا (على انهما بالخيار فرضى احدهما بالبيع) بان اسقط خياره (لا يرد الاخر) عند الامام (خلافا لهما) فانهما قالا له ان يرد وهو قول الائمة الثلثة لانه لو لم يملك فسخه كان الزاما عليه لا برضاه وفيه ابطال لما ثبت من حقه لان كلا من الاجازة والفسخ حقه وله ان رد احدهما دون الاخر يوجب عيبا فى المبيع لم يكن عند البايع اعنى عيب الشركة وخصه فى البحر بما اذا كان بعد القبض اما قبله فليس له الرد يعنى اتفاقا فان قلت بيعه منهما رضاء منه بعيب التبعيض قلت اجيب بانه ان سلم فهو رضى به فى ملكهما لا فى ملك نفسه كما فى المنح قيد بالمشتريين لان البايع لو كان اثنين والمشترى واحدا وفى البيع خيار شرط او عيب فرد المشترى نصيب احدهما دون الاخر بحكم

الخيار جاز اتفاقا كما فى شرح المجمع (وعلى هذا) الخلاف (خيار العيب) يعنى لو اشترياه فرضى احدهما بعيب فيه لا الاخر (و) خيار (الرؤية) يعنى لو اشتريا شيئا لم يرياه ثم رآه احدهما ورضى لا الاخر قال فى المنح ويلزم البيع لو اشترى عبدا من رجلين صفقة واحدة على ان الخيار للبايعين فرضى احدهما دون الاخر فليس لاحدهما الانفراد اجازة اوردا هذا عند الامام كما فى الخانية (ولو اشترى عبدا على انه خباز) وفى المعراج قوله على انه خباز اى عبد حرفته هذا لانه لو فعل هذا الفعل احيانا لايسمى خبازا (او كاتب فظهر) العبد (بخلافه) اى بخلاف ما ذكره بان كان غير خباز او غير كاتب (اخذه) اى المشترى (بكل الثمن) المسمى ان شاء لان الوصف لا يقابله شئ من الثمن كما اذا اشترى دارا او ارضا على ان فيها كذا وكذا بيتا او نخلة فوجدها ناقصة جاز البيع وله الخيار (او ترك) ان امكن وهو قول الشافعى لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق بالشرط و يثبت بفوته الخيار للمشترى لانه لم يرض بالعبد دونه وهذا الاختلاف اختلاف نوع لا اختلاف جنس لقلة التفاوت فلا يفسد العقد بعدمه بخلاف شرائه شاة على انها حامل او تحلب كذا رطلا او عبدا يكتب كذا وكذا حيث يفسد البيع فى ظاهر الرواية لان هذا شرط مجهول لا وصف مرغوب حتى لو شرط انها حلوب او لبون لا يفسد لانه يذكر على سبيل الوصف دون الشرط كما اذا اشترى فرسا على انه هملاج او كلبا على انه صيود او اشترى جارية على انها ذات لبن وهو رواية عن الامام وبه اخذ الفقيه ابو الليث والصدر الشهيد وعليه الفتوى قيدنا بان امكن لانه ان تعذر الرد بسبب من الاسباب رجع المشترى على البايع بالنقصان فى ظاهر الرواية وهو الاصح و فى المنح لو قال احد المتبايعين شرطنا الخيار و انكر الاخر فالقول قوله كما فى دعوى الاجل والمضى فان القول للمنكر اشترى جارية بالخيار فرد غيرها بدلها قائلا بانها المشتراة فتنازع البايع والمشترى فقال البايع غيرت والمبيعة ليست كذلك وانكر المشترى التغيير وليس للبايع بينة فالقول للمشترى مع اليمين وجاز للبايع وطئها ولو قال البايع عند رده كان يحسن ذلك لكنه نسى عندك فالقول للمشترى ولو اشتراه من غير اشتراط كتبه وخبزه وكان يحسن ذلك فنسيه فى يد البايع رده عليه

فصل

فى خيار الرؤية (من اشترى مالم يره جاز) اى صح البيع عندنا وعند الشافعى فى القول الجديد لا يصح وفى الكفاية الخلاف فيما اذا كان المبيع قائما بين

يديهماموجوداكما اذا اشترى زيتافى زق اوبرا فى جوالق اوثوبافى كم اوشيئامسمى موصوفا اومشاراليه اوالى مكانه وليس فيه غيره بذلك الاسم حتى لولم يكن كذلك ولم يشر اليه اوالى مكانه لايصح البيع اتفاقا موضع الخلاف فى المبيع اذ لاخيار فى الثمن الدين واما الثمن العين فقيه الخيار عندنا لانه بمنزله المبيع له ان المبيع مجهول الوصف وجهالته تمنع الجواز ولنا قوله عليه السلام من اشترى مالم يره فله الخيار اذارآه وفى البحر واراد بمالم يره مالم يره وقت العقد ولاقبله والمراد بالرؤية العلم بالحق من باب عموم المجاز فصارت الرؤية من افراد المعنى المجازى ليشمل مااذا كان المبيع مما يعرف بالشم كالمسك وما اشتراه بعد رؤية فوجده متغيرا و ما اشتراه الاعمى وفى القنية اشترى ما يذاق فذاقه ليلا ولم يره سقط خياره (وله) اى للمشترى (رده) اى الشيء الذى اشتراه ولم يره (اذا رآه مالم يوجد) من المشترى (مايبطله) اى الخيار وفى البحر اختلفوا هل هو مطلق او موقت فقيل موقت بوقت امكان الفسخ بعدها حتى لو تمكن منه ولم يفسخ سقط خياره وان لم توجد الاجازة صريحا ولا دلالة وقيل يثبت الخيارله مطلقا فيكون له الفسخ فى جميع عمره مالم يسقط بالقول اوبفعل مايدل على الرضى وهو الصحيح لاطلاق النص والعبرة لعين النص لا لمعناه (وان) وصلية (رضى قبلها) اى له الرد اذا رآه وان قال قبل الرؤية رضيت لانه خيار ثبت شرعا فلايسقط باسقاطهما بخلاف خيار الشرط والعيب وفى شرح المجمع ثم ان اجازه بالقول قبل الرؤية لايزول خياره لانه ثبت عند الرؤية فلايبطل قبل وقتها وان اجازه بالفعل بان يتصرف فيه يزول كما سيجيء واما الفسخ بالقول فجائز قبل الرؤية لعدم لزوم العقد لان اللزوم يفيد تمام الرضى وتمامه بالعلم باوصاف مقصودة وهو غير حاصل قبل الرؤية (ولاخيار لمن باع مالم يره) لان النبى عليه السلام اثبت الخيار فى الشراء لافى البيع ولقضاء جبير بن مطعم بمحضر من الاصحاب فى الشراء لافى البيع وهو قول الامام آخرا رجع اليه وفى قوله الاول له الخيار اعتبارا بالمشترى كخيار العيب والشرط (ويبطل) من الابطال (خيار الرؤية ما يبطل خيار الشرط) من صريح ودلالة وضرورة فما يفعل للامتحان لايبطلها ان لم يتكرر كما فى اكثر المعتبرات لكن فيه كلام لانه قيد يحتاج الى التكرار اذا لم يعلم بالمرة الاولى تدبر (من تعييب وتعيب فى يده) قبل الرؤية بعيب لايرتفع كقطع اليد لانه اخذه سليما فيمتنع ان يرده معيبا (وتعذر) مصدر مضاف ... على قوله تعيب (رد بعضه) بسبب هلاك بعضه لانه لو رد بعضه الباقى لزم تفريق الصفقة (وتصرف) من المشترى (لايفسخ) صفة تصرف (كالاعتاق

وتوابعه) من التدبير والاستيلاد (او) تصرف من المشترى (يوجب حقا للغير كالبيع المطلق) اى كالبيع بغير قيد الخيار (والرهن والاجارة) والهبة بتسليم (قبل الرؤية وبعدها) لان هذه الحقوق تمنع الفسخ فيلزم البيع ببطلان الخيار فعنى البطلان قبل الرؤية خروجه عن صلاحية ان يثبت له الخيار عند الرؤية (وما) اى التصرف الذى (لايوجب حقا للغير كالبيع بالخيار والمساومة) اى العرض على البيع (والهبة بلا تسليم يبطل) خيار الرؤية (بعدها) اى بعد الرؤية (قبلها) لان هذه التصرفات لاتزيد على صريح الرضى فانه لايبطل قبلها بل بعدها وهنا لايوجد الا الدلالة على الرضى المجرد بخلاف الافعال السابقة فان فيها توجد مع الرضى حقوق زائدة فيبطل بعدها وقبلها ثم اعلم ان قوله يبطل خيار الرؤية مايبطل خيار الشرط غير منعكس فلا يقال مالايبطل خيار الشرط لايبطل خيار الرؤية لانتقاضه بالقبض بعد الرؤية فانه يبطل خيار الرؤية والعيب لاالشرط وهلاك بعض المبيع لايبطل خيار الشرط والعيب و يبطل خيار الرؤية واورد صاحب البحر على الكنز والهداية فى هذا المحل فليطالع (وكفت رؤية وجه الرقيق) فى سقوط الخيار سواء كان امة اوعبدا لان الحق فى الرقيق وجهه لان سائر الاعضاء فيه تبع لوجهه لان القيمة فيه تتفاوت بتفاوته مع التساوى فى سائر الاعضاء (و) رؤية (وجه الدابة وكفلها) اى لايسقط الخيار برؤية وجهها حتى ينظر الى كفلها لانه موضع مقصود منه كالوجه هو الصحيح كما فى المحيط واكتفى محمد بالنظر الى وجهها اعتبارا بالآدمى وشرط بعض العلماء رؤية القوائم وعن الامام فى البرذون والبغل والحمار يكفى ان يرى شيئا منه الا الحافر والذنب والناصية كما فى البحر (وفى شاة اللحم) اى الشاة التى لحمها مقصود (لابد من الجس) وهو اللس باليد لانه يعرف به اللحم المقصود (وفى شاة القنية) هى التى تحبس لاجل النتاج (لابد من رؤية الضرع) لانه هو المقصود منها وفى الجوهرة ولواشترى بقرة حلوبا فرأى كلها ولم يرضرعها فله الخيار لان الضرع هو المقصود لكن فى البحر لابد من النظر الى ضرعها وسائر جسدها فليحفظ فان فى بعض العبارات مايوهم الاقتصار على رؤية ضرعها انتهى فعلى هذا لوقال لابد من رؤية الضرع مع جميع جسدها كما فى الاختيار لكان اولى تدبر (ورؤية ظاهر الثوب اذا لم يكن معلما كافية) لان رؤية ظاهره يعلم حال البقية اذ لاتتفاوت اطراف الثوب الواحد الايسيرا (ورؤية علمه) كافية (ان) كان (معلما) لان ماليته تتفاوت بحسب علمه اطلق فى هذا لكن فى المحيط مقيد بما اذا كان مطويا هذا

اذالم يخالف باطن الثوب ظاهره اماذااختلفا فلابد من رؤية الباطن قيل هذا في عرفهم امافي عرفنا فالم ير الباطن لايسقط خياره لانه ليس بمثلى فلا يعرف كله بدون نشره ولابد منه وهوقول زفر وفي المبسوط الجواب على ماقال زفر وهو المختار كما في اكثر المعتبرات فعلى هذا ينبغي للمصنف ان يذكر قول زفر ويرجحه تأمل (ورؤية داخل الدار) كافية (وان) وصلية (لم يشاهد بيوتها) عند ائمتنا الثلثة (وعند زفر لابد من مشاهدة البيوت وعليه) اى على قول زفر (الفتوى اليوم) قال في التبيين وغيره وفي عامة الروايات اذا رأى صحن الدار اوخارجها يسقط خياره لكن هذا مبنى على عادة اهل الكوفة في ذلك الزمان فان دورهم كانت على نمط واحد لاتختلف وذلك يظهر برؤية خارجها واما في زماننا اليوم فلابد من النظر الى داخلها لتفاوت بيوتها ومرافقها قال بعض مشايخنا تعتبر رؤية ماهو المقصود في الدور حتى لو كان في الدار بيتان شتويان و بيتان صيفيان فتشترط رؤية الكل مع رؤية الصحن فلاتشترط رؤية المطبخ والمزبلة والعلو الافي بلد يكون مقصودا و بعضهم اشترطوا رؤية الكل وهو الاظهر والاشبه كما قال الشافعي وهو المعتبر في ديارنا وفي الخزانة ان الفتوى في بيت الغلة على انه تكفي رؤية خارجه لانه غير متفاوت وتكفي في البستان رؤية خارجه ورؤس اشجاره في ظاهر الرواية لكن في البحر قالوا لابد في البستان من رؤية ظاهره و باطنه وفي الكرم لابد من رؤية عنب الكرم من كل نوع شيئا وفي الرمان لابد من رؤية الحلو والحامض ولو اشترى دهنا في زجاجة فرؤيته من خارج الزجاجة لاتكفي حتى يصبه في كفه عند الامام لانه لم ير الدهن حقيقة لوجود الحائل وكذا لواشترى سمكا في ماء يمكن اخذه من غير اصطياد فرأه في الماء فرؤيته لاتكفي على الصحيح (وان رأى بعض المبيع فله الخيار اذا رأى باقيه) لانه لولزمه يكون الزاما للبيع فيما لم يره وانه خلاف النص وكذا الاجازة في البعض لايكون اجازة في الكل ولاتصح الاجازة في البعض ورد الباقي كما في الاختيار (ومايعرض بالنموذج كالمكيل والموزون فرؤية بعضه كرؤية كله) وفي الاختيار والاصل اذاكان المبيع اشياء ان كان من العدديات المتفاوتة كالثياب والدواب والبطيخ ونحوها لايسقط الخيار الا برؤية الكل لانها تتفاوت وان كان مكيلا اوموزونا وهو الذي يعرف بالنموذج اومعدودا متقاربا كالجوز فرؤية بعضه مبطل الخيار في كله لان المقصود معرفة الصفة وقد حصلت وعليه التعارف الاان يجده اردى من النموذج فيكون له الخيار وان كا المبيع مغيبا تحت الارض كالبصل والثوم بعد النبات ان علم وجوده تحت الارض جاز

والافلا فاذا باعه ثم قطع منه نموذجا ورضى به فان كان مما يباع كيلا كالبصل او وزنا كالثوم بطل خياره عندهما وعليه الفتوى للحاجة وجريان التعامل به وعند الامام لا وان كان مما يباع عددا كالفجل فرؤية بعضه لاتسقط خياره لما تقدم (وفيما يطعم لابد من الذوق) لانه المعرف للمقصود وان كان مما يشم فلا بد من شمه كالمسك وفى الولوالجية اشترا نافجة مسك فاخرج المسك منها ليس له الرد بخيار الرؤية والعيب لان الاخراج يدخل عيبا ظاهرا حتى لولم يدخل كان له ان يرد بخيار العيب والرؤية جميعا كما فى البحر (ونظر الوكيل بالشراء او القبض) اى قبض المبيع (كاف لانظر الرسول) وفى الدرر اعلم ان هنا وكيلا بالشراء ووكيلا بالقبض ورسولا صورة التوكيل بالشراء ان يقول الموكل كن وكيلا عنى بشراء كذا صورة التوكيل بالقبض ان يقول كن وكيلا عنى بقبض ما اشتريته ومارأيته وصورة الرسالة ان يقول كن رسولا عنى بقبضه فرؤية الوكيل الاول تسقط الخيار بالاجماع لان حقوق العقد ترجع اليه ورؤية الوكيل الثانى تسقط عند الامام اذا قبضه بالنظر اليه فحينئذ ليس له ولا للوكيل ان يرده الا من عيب واما اذا قبضه مستورا ثم رآه فاسقط الخيار فانه لايسقط لانه اذا قبض مستورا ينتهى التوكيل بالقبض بالناقص فلايملك اسقاطه قصدا لصيرورته اجنبيا بل للموكل الخيار ورؤية الرسول لاتسقط الخيار بالاجماع (وعندهما) وهو قول الائمة الثلثة (هو) اى الرسول (كالوكيل) وفى الفرائد هذا سهو من قلم الناسخ والصواب ان يقال وعندهما الوكيل بالقبض كالرسول فى عدم اسقاط رؤية الخيار لان عدم اسقاط رؤية الرسول الخيار متفق عليه انما الخلاف فى الوكيل بالقبض اذا قبضه ناظرا اليه فان رؤيته تسقط الخيار عند الامام لان الوكيل بالقبض وكيل باتمام العقد وتمامه بتمام الصفقة وتمامها بسقوط خيار الرؤية فصار قبضه كقبض الموكل مع الرؤية بخلاف الرسول لانه غير نائب عن المشترى وعندهما لايسقط برؤية الوكيل بالقبض لانه وكيل بالقبض لاباسقاط الخيار فلايملكه مالم يصر وكيلا به وعبارة المص لاتقبل الاصلاح اصلا ولايمكن ان يدعى انه من باب القلب على معنى ان الوكيل بالقبض كالرسول وهو اظهر من ان يخفى فلايصار اليه انتهى هذا ظاهر لكن يمكن ان يقال وعندهما كالوكيل بالقبض عندهما اى هما سواء فى عدم اسقاط رؤيتهما الخيار تأمل (وبيع الاعمى وشراؤه صحيح) وعند الشافعى فى قول لايصح لكن لا وجه له اذ يلزم ان يموت جوعا لولم يجد وكيلا بشراء ما يطعم به (وله) اى للاعمى (الخيار اذا اشترى) لانه اشترى مالم يره ومن اشترى مالم يره فله الخيار اذا رآه بالحديث كما فى الهداية

وفي العناية فيه نظر لان قوله عليه السلام مالم يره سلب وهو يقتضي تصور الايجاب وهو انما يكون في البصير فالاولى ان يستدل بمعاملة الناس العميان من غير نكير فان ذلك اصل في الشرع بمنزلة الاجماع انتهى لكن ان اراد بتصور الايجاب وقوعه فغير لازم اذ غاية كون التقابل بينهما تقابل العدم والملكة يكفي فيهما امكان الرؤية بان يكون من شانه وذلك يتحقق بالآدمية وان لم يره دائما فيندفع به النظر (ويسقط بجسه) اي بجس الاعمى (المبيع) ان كان ممايعرف بالجس كالغنم مثلا (او شمه) ان كان مما يعرف بالشم كالمسك (او ذوقه) ان كان مما يعرف بالذوق كالعسل (فيما يعرف بذلك) اي بالجس او بالشم او بالذوق على سبيل البدل لان هذه تفيد العلم كالبصير فيقوم مقام الرؤية (وبوصف العقار له) اي للاعمى لانه لاسبيل الى معرفته الا به حتى يسقط خياره بعد ذلك وعن ابي يوسف انه اشترط مع ذلك ان يوقف في مكان لوكان بصيرا لرآه وقال الحسن يوكل وكيلا لقبضه له وهو يراه وهو اشبه بقول الامام وقال بعض ائمة بلخ يسقط خياره بمس الحيطان والاشجار مع الوصف وان ابصر بعد الوصف وبعدما وجد منه مايدل على الرضاء فلاخيار له لان العقد تم ولو اشترى البصير ثم عمي قبل الرؤية انتقل الى الوصف لوجود العجز قبل العلم هذا كله اذا وجدت المذكورات من الشم والذوق والجس ونحوها من الاعمى قبل شرائه ولو وجدت بعده ثبت له الخيار بالمذكورات فيمتد الخيار مالم يوجد منه مايدل على الرضى من قول او فعل في الصحيح (ومن رأى احد الثوبين فشراهما ثم رأى) الثوب (الآخر) فوجده (معيبا فله اخذهما اوردهما) اي رد الثوبين ان شاء لان رؤية احدهما لايكون رؤية الآخر للتفاوت في الثياب فيبقى الخيار لم فيما يره (لارد احدهما) اي لارد المعيب وحده لئلا يكون تفريقا للصفقة قبل التمام على البايع لان الصفقة لاتتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ان قبضه مستورا ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولارضاء فيكون فسخا من الاصل (ومن رأى شيئا) قاصدا لشرائه عند رؤيته عالما بانه مرئيه وقت الشراء (ثم شراه) بعد زمان (فوجده متغيرا تخير) لان تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه فكأنه لم يره (والا) اي وان لم يتغير عن الصفة التي رآها عليها (فلا) يتخير لان العلم بالمبيع قد حصل بالرؤية السابقة وقد رضي به مادام على تلك الصفة وانما قيدنا قاصد الشرائه عند رؤيته لانه لورآه لالقصد الشراء ثم اشتراه فله الخيار لانه اذا رأى لا لقصد الشراء لايتأمل كل التأمل فلم يقع معرفة كما في البحر وانما قيدنا عالما بانه مرئيه وقت الشراء لانه لولم يعلم عند العقد انه

رآه قبل فحينئذ ثبت له الخيار لعدم الرضاء به كما فى الهداية فعلى هذا ان المص لوقيد بهذين القيدين كما قيدنا لكان اولى تأمل (وان اختلفا فى تغيره) فقال المشترى قد تغير وقال البايع لم يتغير (فالقول للبايع) مع يمينه وعلى المشترى البينة لان التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر هذا اذا كانت المدة قريبة اما اذا كانت بعيدة فالقول للمشترى لان الظ شاهدله وفى البحر ولا يصدق فى دعوى التغير الا بحجة الا ان تطول والشهر طويل ومادونه قليل وفى الفتح جعل الشهر قليلا (وان) اختلفا (فى الرؤية) فقال البايع له رأيت قبل الشراء وقال المشترى مارأيت اوقال له رأيت بعد الشراء ثم رضيت فقال رضيت قبل الرؤية (فللمشترى) اى فالقول للمشترى مع يمينه لان البايع يدعى امرا عارضا وهو العلم بالصفة والمشترى ينكره فالقول له وفى البحر لواراد المشترى ان يرده فانكر البايع كون المردود مبيعا فالقول للمشترى وكذلك فى خيار الشرط لانه انفسخ العقد برده وبقى ملك البايع فى يده فيكون القول قول القابض فى تعيين ملكه امينا كان اوضمينا كالمودع والغاصب ولو اختلفا فى الرد بالعيب فالقول للبايع (ومن اشترى عدل زطى) ولم يره وقبضه والعدل المثل والزط جيل من الهند ينسب اليهم الثياب الرطية (فباع منه) اى من العدل (ثوبا اووهب) لآخر (وسلم فله ان يرده) اى للمشترى ان يرد مابقى (بعيب لا بخيار رؤية اوشرط) لانه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفى رد مابقى تفريق الصفقة قبل التمام لان خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب لتمامها معه بعد القبض وكلا منا فيه فان عاد اليه ذلك الثوب يفسخ وهو على خياره لزوال المانع وهو تفريق الصفقة وعن ابى يوسف لايعود بعد سقوطه لخيار الشرط وعليه اعتمد القدورى وصححه قاضيخان

﴿ فصل فى خيار العيب ﴾

اخر خيار العيب لانه يمنع اللزوم بعد التمام واضافة الخيار الى العيب من قبيل اضافة الشئ الى سببه (مطلق البيع) الاضافة من قبيل اضافة الصفة الى موصوفها والتقدير البيع المطلق من شرط البراءة من كل عيب (يقتضى سلامة المبيع) عن العيوب لان الاصل هو السلامة وهى وصف مطلوب مرغوب عادة وعرفا والمطلوب عادة كالمشروط نصا (فلمن وجد فى مشريه) بفتح الميم وكسر الراء اسم مفعول من الشراء (عيبا) كان عند البايع ولم يره المشترى عند البيع ولاعند القبض اورأه ولكن لم يعلم انه عيب عند التجار فقبضه وعلم بذلك ينظر ان كان عيبا بينا لايخفى على الناس كالعور لم يكن له ان يرده وان كان يخفى يرد (رده) مبتدأ مؤخر خبره قوله فلمن (اواخذه

اى اخذ المشترى المبيع المعيب (بكل ثمنه) لانه مارضى عندالعقدالا بوصف السلامة بدلالة الحال فعند فواتها يتخير (لا امساكه ونقص ثمنه) اى لايتخير بين امساكه و بين اخذ نقصان الثمن لان الاوصاف لايقابلها شئ من الاثمان (الا برضى بايعه) اى بامساك المشترى المبيع المعيب ونقص ثمنه والمرادعيب كان عند البايع وقبضه المشترى من غيران يعلم به ولم يوجد من المشترى مايدل على الرضاء به بعد العلم بالعيب (وكل ما اوجب نقصان الثمن عند التجار فهو عيب) العيب مايخلو عنه اصل الفطرة السليمة وذكر المص ضابطة كلية يعلم بها العيوب الموجبة للخيارعلى سبيل الاجمال فقال وكل ما اوجب نقصان الثمن فى عادة التجار فهو عيب لان التضرر بنقصان المالية ونقصان المالية بانتقاص القيمة فالتضرر بانتقاص القيمة والمرجع فى معرفته عرض اهله كما فى العناية (فالاباق) كالكتاب لغة الاستخفاء وشرعا استخفاء العبد او الجارية عن المولى تمردا (ولو) وصلية (الى مادون السفر من صغير يعقل)هو يأكل و يشرب وحده (عيب) لفراره عن العمل لخبث فى طبعه وفيه اشارة الى ان اباق الصغير الذى لايعقل ولا يميز ليس بعيب لانه ضال لحبه اللعب لا آبق وفى القهستانى وليس باباق لو فر من محلة الى محلة او قرية الى بلدوان العكس فاباق انتهى لكن الاشبه ان كانت البلدة كبيرة مثل القاهرة يكون عيبا كما فى التبيين (وكذا السرقة) واللام للعهد اى سرقة صغير يعقل عيب وان لم يكن عشرة دراهم وقيل دون درهم ليس بعيب وفى غيرعاقل لا لانها صادرة بلا فكر ولا فرق بين ان يسرق من مولاه او غيره لكن سرقة المأكول من المولى للاكل ليست بعيب (والبول فى الفراش) من صغير يعقل عيب لكونه من داء وفى غيرعاقل لايعد عيبا لظهوره من ضعف المنانةولعدم التدارك (وهى) اى الاباق والسرقة والبول فى الفراش (فى الكبير عيب آخر) ثم فرعه بقوله (فلو ابق او سرق او بال) فى الفراش (فى صغره) عندالبايع (ثم عاوده) اى عاود كل واحد منها (عند المشترى فيه) اى فى الصغر (رد به) اى رد المشترى بكل واحد منهما على البايع ان شاء لكونها عيبا قديما لاتحاد السبب وهنا مسئلة عجيبة وهى ان من اشترى عبدا صغيرا فوجده يبول فى الفراش وتعيب عنده بعيب آخر كان له ان يرجع بنقصان العيب فلو رجع بنقصان العيب ثم كبر للبايع ان يسترد ما اعطى ثمن النقصان لزوال العيب بالبلوغ (وان ابق) اوسرق اوبال عند البايع فى صغر (ثم عاوده عنده) اى عند المشترى (بعد البلوغ لا) اى لا يرد به لان مايعاود بعد البلوغ يكون عيبا آخر لاختلاف السبب (والجنون) المطبق وقيل اكثر من يوم وليلة

وقيل من ساعة عيب في الغلام والجارية (مطلقا) سواء كان في حال صغره اوكبره فلوجن في صغره عند البايع (وعاوده عند المشترى فيه) اى في صغره (اوفى كبره ردبه) لان الثاني عين الاول اذ معدن العقل هو القلب وشعاعه في الدماغ والجنون انقطاع هذا الشعاع وهو لايختلف باختلاف السن الن قيل يكفي في الرد جنونه عند البايع فقط لكن الصحيح انه لم يرد بدون المعاودة وعليه الجمهور (والبخر) بفتحتين والخاء المعجمة نتن رايحة الفم وفي البزازية نتن رايحة الانف (والذفر) بفتحتين والذال المعجمة شدة الريح طيبة اوخبيثة ومرادهم نتن الابط و بالدال المهملة مصدر دفر اذا خبث رايحته و بالسكون اسم منه كما في الطلبة وغيره ومن الظن ان في المغرب مرادهم منه حدة الرايحة منتنة اوطيبة فانه قال اراد منه الصنان بضم المهملة وهو نتن الابط على ان عد الرايحة الطيبة من العيوب عيب لايخفى على عاقل كما في القهستاني (والزنا والتولد منه) اى من الزنا كل من هذه الاربعة (عيب في الجارية) لان ذلك يخل بالمقصود منها فالبخر والذفر يخل بالقرب للخدمة والزنا بالاستفراش والتولد من الزنا بطلب الولد (لافي الغلام) اى ليس هذه الاشياء عيبا في العبد لان المطلوب منه الاستخدام من بعد وهذه الاشياء لاتخل به (الا ان يكون البخر والذفر (من داء) وهو استثناء من مقدر تقديره ان المذكور لايكون عيبا في الغلام كل الاحوال الا ان يكون البخر والذفر فاحشا بحيث يمنع القرب من المولى اويكون الزنا عادة له بان تكرر اكثر من مرتين ولايشترط المعاودة عند الشراء في الزنا كما في اكثر الكتب فعلى هذا لوقال بعده او يكون الزنا عادة له لكان اولى قيل ان البخر عيب في الامرد وهو الاصح كما في الخلاصة وفي العمادية لوكان الغلام يلاط به مجانا فهو عيب و بالاجر ليس بعيب وعند الائمة الثلثة ان ماذكر عيب في العبد ايضا (والاستحاضة عيب) لان استمرار الدم علامة الداء (وكذا عدم حيض بنت سبع عشرة سنة) لااقل قيد بسبع عشرة لانه اقصى زمن البلوغ عند الامام وعندهما خمس عشرة سنة لان الحيض هو الاصل في بنات آدم وهو دم صحة فاذا لم تحض فالظاهر انه عن دائها ولذا قالوا لاتسمع دعواه بانقطاعه الا اذا ذكر سببه من داء اوحبل لان ارتفاعه بدونهما لايعد عيبا والمرجع في الحبل الى قول النساء وفي الداء الى قول طبيبين عدلين (و يعرف ذلك) اى المذكور من الاستحاضة وعدم الحيض (بقول الامة) لانه لايعرفه غيرها ولكن لايرد بقولها (فترد) الامة (اذا انضم اليه اى الى قول الامة (نكول البايع قبل القبض و بعده) يعني اذا قالت الامة ذلك وانكره البايع يستحلف فان نكل سواء كان قبل القبض او بعده ترد عليه

بنكوله فى ظاهر الرواية (وهو الصحيح) وعن ابى يوسف ترد بلا يمين البايع لضعف البيع قبل القبض حتى يملك المشترى الرد بلاقضاء ولا رضاء وصح الفسخ للعقد الضعيف بحجة ضعيفة قالوا فى ظاهر الرواية لايقبل قول الامة فيه ذكره الكافى ولو ادعى انقطاعه فى مدة قصيرة لم تسمع واقلها ثلثة اشهر عنه الثانى واربعة اشهر وعشر عند الثالث وانقطاعها من وقت الشراء وحاصله انه اذا صح دعواه سئل البايع فان صدقه ردت عليه والا لم يحلف عند الامام كما سيأتى وان اقر به وانكر كونه عنده حلف فان نكل ردت عليه ولاتقبل البينة على ان الانقطاع كان عند البايع للتيقن بكذبهم بخلاف الشهادة على الاستحاضة كما فى البحر وغيره (والكفر عيب فيهما) اى فى الغلام والجارية لعدم الائتمان على المصالح الدينية وعند الشافعى ليس بعيب ومن اغرب ماذكره الزيلعى رواية عن الشافعى انه لو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما يرده حيث يكون الاسلام عيبا ولايكون الكفر عيبا (وكذا الشيب) بالشين المعجمة عيب وكذا الشمط وهو اختلاط البياض بالسواد فى الشعر لانه فى غير اوانه دليل الداء وفى اوانه دليل الكبر فيصير عيبا على التقديرين وكذا الصهوبة بضم المهملة حمرة الشعر اذا فحشت بحيث تضرب الى البياض (والدين) لان ماليته تكون مشغولة به والغرماء مقدمون على المولى اطلقه فشمل دين العبد والجارية وماذا كان مطالبا به للحال اومتأخرا الى مابعد العتق مأذونا اومحجورا وليس كذلك بل المراد الدين الذى يطالب به فى الحال بسبب الاذن لا الدين المؤجل الى العتق ولا المحجور لان دينه لايطلب الا بعد العتق فلايكون عيبا كما فى البحر وغيره فعلى هذا لو قيده بهذين القيدين لكان اولى تأمل (والسعال القديم) يعرفه الاطباء واما السعال الحادث فليس بعيب لانه يزول (والشعر والماء فى العين) لانهما يضعفان البصر ويورثان العمى ولا خصوصية لهما بل كل مرض بالعين فهو عيب ومنه السبل وكثرة الدمع والغرب فى العين والعشى وهو ضعف البصر بحيث لايبصر فى الليل والعمش والشتر والحول والحوص وهو نوع من الحول والجرب فى العين وغيرها وقد ذكر المص اولا ضابط العيب ثم ذكر عددا من العيوب ولم يستوفها لكثرتها فلا بأس بتعداد مااطلعنا عليه فى كلامهم تكثيرا للفوائد فمن العيوب المشتركة بين العبد والامة الشلل والنتم والصمم والخرس والعرج والسن الساقطة والشاغبة والسوداء والخضراء وفى الصفراء خلاف ووجعها والاصبع الزائدة والناقصة والظفر الاسود المقدم للثمن والاعسر وهو العمل باليسار عجزا والثؤلول والخال ان كانا قبيحين منقصين والكذب والنميمة وترك الصلاة وغيرها من الذنوب والكبائر

والقمار بالنرد ونحوه والامراض والكي وتشنج في الاعضاء وكثرة الاكل وقيل في الجارية عيب لا في الغلام ولاشك انه لافرق اذا افرط وعدم استمساك البول والحمق وغيرها ومن المختصة بالعبد العنة والخصي بخلاف مالووجد فحلا اذا اشترى على انه خصي والفتق والادرة وعدم الختان اذا كان كبيرا والرعونة واللين في الصوت والتكسر في المشي ان كثر فان قل لاومحلوق اللحية اومنتوفها اذا اشترى امرد والتخنث بالعمل القبيح وشرب الخمر ومن المختصة بالامة الرتق والقرن والعقل والحبل والمغنية وعدة رجعي والولادة عند البايع اوقبله وثقب في الاذنين ان واسعا ومحترقة الوجه لايدرى حسنها من قبحها بخلاف ماإذا كانت دمية اوسوداء وفي البزازية وان اشتراها على انها جميلة ووجدها قبيحة ترد وكل عيب يمكن المشترى من ازالته بلامشقة لايرد به كاحرام الجارية ومنها مافي الحيوانات من الحرون والحزن والجمح والقدع والصكك والفحج والمشش والدخس وخلع الرأس والبجام والصدف والشدق والعثر والعزل وقلة الاكل ومص لبنها جميعا وعدم الحلب ان كانت مثلها تشترى للحلب وان للحم لا وما يمنع التضحية في المضحى ومما في غيرها الهشم والحرق والعفونة وكون الحنطة مسوسة وضيق احد الخفين لا كلاهما والنقب الكبير في الجدار وكثرة بيوت النمل في الكرم اوكان فيه ممر الغير اومسيل الغير والنز والسبخ وكون الآية ساقطة اوالخطاء في المصحف وعدم مسيل في الدار وعدم الشرب في الارض اوممر تفعة لاتسق ونجاسة ماينقصه الغسل وذكر قاضيخان ان فوات المشروط بمنزلة العيب (فان ظهر عيب قديم) اى كائن عند البايع بعد ماحدث (عنده المشترى) اى عيب آخر (رجع بالنقصان) لانه تعذر الرد بسبب العيب الحادث وطريق معرفته ان يقوم و به هذا العيب ثم يقوم وهو سالم فاذا عرف التفاوت بين القيمتين يرجع عليه بحصته من الثمن (كثوب شراه فقطعه) اى الثوب (فاطلع) المشترى (على عيب فليس له الرد) بل يرجع بالنقصان كما بيناه آنفا (الا ان يرضى البايع) استثناء من المسئلتين جميعا (باخذه كذلك) اى معيبا اومقطوعا (فله) اى للبايع (ذلك) اى الاخذ لان الامتناع لحقه فاسقط حقه بالرضاء (حتى لو باعه المشترى) بعد ماحدث عيب آخر (سقط رجوعه) بالنقصان لانه صار حابساله بالبيع اذالرد غير ممتنع بالقطع برضاء البايع فكان مفوتا للرد بخلاف مااذا خاطه ثم باعه حيث لايبطل الرجوع بالنقصان لانه لم يصر حابساله بالبيع لامتناع الرد قبله بالخياطة من غير علم بالبيع و بعد امتناع الرد لاتأثيرله (فان خاط) المشترى بعد ماقطع (الثوب اوصبغه احمر) قيد به لتكون الزيادة في المبيع ثابتة اتفاقا

لا نه لو صبغه اسود يكون نقصانا عنده كالقطع وقالا يكون زيادة (او لت السويق بسمن) اى لو كان المبيع سويقا فخلط بسمن (ثم ظهر عيبه رجع) على البايع (بنقصانه) لتعذر الرد بسبب الزيادة وحاصله ان الزيادة نوعان متصلة وهى قسمان متولدة عن الاصل كالجمال حيث لا يمنع الرد فى ظاهر الرواية وغير متولدة منه كالصبغ فانه يمنع ومنفصلة وهى ايضا نوعان متولدة من المبيع كالولد والثمر فانه يمنع الرد اذا حدث بعد القبض واما اذا حدث قبل القبض فلا وغير متولدة منه فانه لا يمنع الرد بالعيب والفسخ فاذا فسخ تسلم الزيادة للمشترى (وليس لبايعه ان يأخذه) قطعا لحق الشرع وان رضى به المشترى لوجود الربا (حتى لو باعه) اى المشترى الثوب المخيط او المصبوغ بالحمرة او السويق الملتوت بالسمن (بعد رؤية عيبه لا يسقط الرجوع) لان الرد ممتنع اصلا قبله فلا يكون بالبيع حابسا للمبيع وعن هذا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان بخلاف ما لو كان الولد كبيرا لان التمليك حصل فى الاول قبل الخياطة وفى الثانى بعدها بالتسليم اليه وهذا معنى ما فى الفوائد الظهيرية من ان الاصل ان كل موضع يكون المبيع قائما على ملك المشترى ويمكنه الرد برضى البايع فاخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان وكل موضع يكون المبيع قائما على ملكه ولا يمكنه الرد وان قبله البايع فاخرجه عن ملكه يرجع بالنقصان كما فى البحر (ولو اعتق) المشترى المبيع (بلا مال او دبر او استولد) قبل العلم بالعيب لانه بعد العلم لا يرجع (ثم ظهر العيب رجع) بنقصان العيب اما الاعتاق فالقياس فيه ان لا يرجع وهو قول زفر لان امتناع الرد بفعله فصار كالقتل وفى الاستحسان يرجع وهو قول الشافعى واحمد لان العتق انتهاء الملك لان الآدمى ما خلق فى الاصل محلا للملك وانما يثبت الملك فيه على خلاف الاصل موقتا الى الاعتاق فكان انتهاء كالموت وهذا لان الشئ يتقرر بانتهائه فيجعل كأن الملك باق والرد متعذر ولهذا يثبت الولاء بالعتق وهو من آثار الملك فبقاؤه كبقاء الملك والتدبير والاستيلاد بمنزلته لانهما وان كانا لا يزيلان الملك الا ان المحل بهما يخرج عن ان يكون قابلا للنقل من ملك الى ملك فقد تعذر الرد مع بقاء الملك فيرجع بالنقصان لانه استحق المبيع بوصف السلامة وصار كما لو تعيب عنده (وكذا) يرجع بنقصان العيب (ان ظهر) عيب قديم (بعد موت المشترى) لان الملك ينتهى به والامتناع حكمى لا بفعله (وان اعتق) المبيع (على مال او قتله لا يرجع بشئ) لانه حبس بدله فى الاعتاق على مال وحبس البدل كحبس المبدل وعن الامام وهو قول ابى يوسف والشافعى انه يرجع لان البدل والمبدل ملكه فصار

كالاعتاق مجانا والكتابة كالاعتاق على مال لحصول العوض فيها واما القتل فلانه لايوجد الا مضمونا وانما يسقط هنا باعتبار الملك ان لم يكن مديونا فان كان مديونا ضمنه السيد فصار كالمستفيد به عوضا بخلاف الاعتاق لانه يوجب الضمان لامحالة هذا ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه يرجع لان المقتول ميت باجله فكأنه مات حتف انفه (وكذا) لايرجع بالنقصان (لو اكل الطعام كله او بعضه) حال كونه في وعاء واحد فان كان في وعائين فاكل مافي احدهما اوباع ثم علم بعيب كان بكل ذلك فله رد الباقي بحصته من الثمن كما في الحقايق (او لبس الثوب فتخرق) ثم اطلع على عيب (لايرجع) بالنقصان عند الامام (خلافا لهما) فانه يرجع بالنقصان عندهما وفي المنح ثم قال ابو يوسف يرد مابقي ان رضي البايع لان استحقاق الرد في بعض دون الكل فيتوقف على رضائه وقال محمد يرد الباقي مطلقا لان رده ممكن حيث لايضره التبعيض ورجع بالنقصان فيما اكله لتعذر رده وعند الامام لايرجع بشيء وقد اعتمده صاحب الكنز وغيره قال في النهاية وقالا يرجع استحسانا في الاكل ثم قال وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق وعنهما يرد مابقي و يرجع بنقصان مااكل وعليه الفتوى وفي البحر ان الفتوى على قولهما في الرجوع بالنقصان كما في الخلاصة وفي المجتبى لو اكل بعض الطعام يرجع بنقصان عيبه ويرد ما بقي عند محمد وبه يفتى وان باع نصفه لايرجع و يرد مابقي عنده و به يفتى ايضا ولو اشترى طعاما فاطعمه ابنه او امرأته او مكاتبه او ضيفه لايرجع وان اطعم عبده او مدبره اوام ولده يرجع لان ملكه باق ولو اشترى سمنا ذائبا واكله ثم اقر البايع انه كان وقعت فيه فأرة رجع بالنقصان عندهما وبه يفتى كما في البحر وفي القنية ولو كان غزلا فنسجه اوفيلقا فجعله ابرسيما ثم ظهر انه كان رطبا وانتقص وزنه رجع بنقصان العيب بخلاف ما اذا باع (وان شرى بيضا او جوزا او بطيخا او قثاء او خيارا فكسره) قيد به لانه لو اطلع قبل كسره فانه يرده (فوجده فاسدا) بان كان منتنا اومرا (فان كان ينتفع به) في الجملة بان صلح لاكل بعض الناس او الدواب (رجع بنقصانه) دفعا للضرر بقدر الامكان ولايرده لان الكسر عيب حادث الا انه يقبلها البايع مكسورا ويرد الثمن وقال الشافعي يرده (والا) اى وان لم ينتفع به اصلا (فبكل ثمنه) اى يرجع بجميع الثمن لانه ليس بمال فكان البيع باطلا ولايعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لان ماليته باعتبار اللب بخلاف بيض النعامة اذا وجده فاسدا بعد الكسر فانه يرجع بالنقصان لان ماليته باعتبار القشر (ولو وجد البعض فاسدا وهو قليل كالواحد والاثنين) في المائة (صح البيع) استحسانا لعدم خلوه عادة

ولا خيار له كالتراب في الحنطة الا ان يعده الناس عيبا فله الرد (والا) اى وان لم يكن قليلا بل كثيرا (فسد) البيع في الكل (ويرجع بكل ثمنه) عند الامام لجمعه في العقدين ماله قيمة وما لاقيمة له وعندهما يجوز في حصة الصحيح منه وقيل يفسد العقد في الكل اجماعا ولو قال المص فوجده معيبا مكان فاسدا لكان اولى لان من عيب الجوز قلة لبه وسواده تدبر وفي الفتح لو اشترى دقيقا فخبز بعضه وظهر انه مر رد مابقي ورجعه بنقصان ماخبز وفي البحر اشترى عددا من البطيخ او الرمان او السفرجل فكسر واحدا واطلع على عيب رجع بحصته من الثمن لاغير ولا يرد الباقي الاان يبرهن ان الباقي فاسد ولو وجد في المسك رصاصا ميزه ورده بحصته قل او كثر (ومن باع ماشراه) بآخر (فرد عليه) اى بايع ماشراه (بعيب) اى بسبب عيب (بقضاء) بعد قبضه (باقرار) ومعنى القضاء بالاقرار انه انكر الاقرار فاثبت بالبينة كما في الهداية وانما اول بهذا لانه لو لم ينكر الاقرار لايحتاج الى القضاء بل يرد عليه باقراره بعيب فاذا رد به قضاء لايرد على بايعه كما في اكثر الشروح لكن لاحاجة الى هذا التأويل لانه يمكن ان ينكر اقراره مع انه لايرضى بالرد فيرد بالقضاء فلايكون بيعا لعدم الرضاء كما في التسهيل (او نكول) عن اليمين (او بينة رده على بايعه) الاول لانه بالقضاء فسخ من الاصل فجعل البيع كان لم يكن غاية الامر انه انكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء كما في الهداية ومنهم من جعله قول ابي يوسف وعند محمد ليس له ان يخاصم بايعه لتنا قضه وغايته على انه سبق منه جحود نصا بان قال بعته ومابه هذا العيب وانما حدث عندك ثم رد عليه بقضاء ليس له ان يخاصم بايعه ومنهم من حملها على ما اذا كان ساكتا والبينة تجوز على الساكت ويستحلف الساكت ايضا لتنزيله منزلة منكر كما في البحر (ولو قبله برضاه لايرده عليه) اى بايعه الاول وقيل في عيب لايحدث مثله كالاصبع الزائدة يرد للتيقن به عند البايع الاول والاصح انه لايرد عليه في الكل كما في الرمز هذا اذا كان الرد بعد القبض اما قبله فله ان يرده على بايعه الاول وان كان بالتراضي في غير العقار كما في المنح وغيره (ومن قبض ماشراه ثم ادعى عيبا لايجبر) المشتري (على دفع ثمنه) الى البايع لاحتمال ان يكون صادقا في دعواه (بل يبرهن) المشتري اى يقيم البينة لاثبات العيب بانه وجد بالمبيع عند المشتري لانه ان لم يوجد عنده ليس له ان يرده وان كان عند البايع لاحتمال انه زال فاذا برهن انه وجده عنده يحتاج ان يبرهن ايضا ان هذا العيب كان به عند البايع لاحتمال انه حدث عنده (او يحلف بايعه) على قولهما لانه ان اقر به لزمه فاذا انكره يحلف فان حلف برئ وان نكل ثبت قيام العيب للحال ثم يحلف ثانيا على ان هذا

العيب لم يكن فيه عنده فان حلف برئ وان نكل فسخ القاضي العقد بينهما (فان قال) شهادة باذياو (شهودي غيب) جمع غائب (دفع) الثمن ان حلف بايعه) لان في الانتظار ضررا بالبايع وليس فيه كثير ضرر على المشترى لانه متى اقام البينة رد عليه المبيع واخذ ثمنه (ولزم العيب ان نكل البايع لان النكول حجة فيه بخلاف الحدود وفي عبارة الهداية هنا كلام فليراجع شروحها (ومن ادعى) اى المشترى (اباق مشريه) اى اباق الرقيق الذى اشتراه فانكر البايع (يبرهن) المشترى (اولا انه) اى الرقيق (ابق عنده) يعنى لاتسمع دعوى المشترى هذه حتى يثبت وجود العيب عنده فان اقام بينة انه ابق عنده تسمع دعواه بعد ذلك (ثم يحلف بايعه) على البتات مع انه فعل الغير ويقال فى كيفية التحليف (بالله لقد باعه وسلمه ومابق قط) وفي المنح هذا هو الاحوط انتهى لكن فى هذا الوجه ترك النظر للبايع لان قوله ومابق قط شامل للاباق من الغاصب اذا لم يعلم منزل مولاه او لم يقدر على الرجوع اليه وليس بعيب (او بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذى يدعى) المشترى (او بالله ماابق عندك قط) كما فى الكنز لكن قال المتأخرون فيه ترك النظر للمشترى لانه لا يتناول الاباق من المودع والمستأجر والمستعير والغاصب لا الى منزل مولاه مع القدرة على الرجوع اليه مع انه عيب (لا) يحلف بان يقال (بالله لقد باعه وما به هذا العيب) لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد وبه يتضرر المشترى (او لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب) اذ يمكن ان يأول البايع كلامه ويريد ان العيب لم يكن موجودا عند البيع والتسليم معا فيتضرر المشترى (وفي اباق الكبير) اى اذا كانت الدعوى فى اباق الكبير (يحلف بالله ماابق منذ بلغ مبلغ الرجال) لان الاباق فى الصغر لا يوجب الرد وفى الدرر ينبغى ان يكون الحكم فى البول فى الفراش والسرقة ايضا كذلك لاشتراكها فى العلة واليه اشار فى الغاية بقوله وذلك لان اتحاد الحالة شرط فى العيوب الثلثة (وعند عدم بينة المشترى على اباقه عنده) اى المشترى (يحلف البايع عندهما انه مايعلم انه) اى العبد (ابق عنده) اى المشترى لان الدعوى صحيحة حتى تترتب عليها البينة فكذا اليمين (واختلفوا على قول الامام) قيل يحلف وقيل لا وهو الاصح لان الحلف يترتب على دعوى صحيحة ولا تصح الامن خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام الغيب (فان نكل) البايع عن اليمين (على قولهما) ثبت اباقه عند المشترى و (حلف ثانيا) للرد (كامر) فان بنكوله ثبت العيب عند المشترى وهذا فى العيوب التى لا تظهر للقاضي ولا يعرف هى حادثة عند المشترى ام لا واما العيوب التى لا يحدث مثلها كالاصبع الزائدة والناقصة والعمى

فان القاضي يقضي بالرد من غير تحليف لتيقنه بوجوده عند البايع الا اذا ادعى البايع رضاه واثبته بطريقه (ولو قال بايعه بعد التقابض) اى بعد قبض المشتري المبيع والبايع الثمن (بعتك هذا مع آخر وقال المشتري) لا (بل) بعت هذا (وحده فالقول له) اى للمشتري مع اليمين لان القول للقابض امينا كان او ضمينا كما في الوديعة والغصب (وكذا) يكون القول للمشتري (لو اتفقا في قدر البيع واختلفا في المقبوض) لما بيناه من ان القول للقابض (ولو اشترى عبدين صفقة) اى في عقد واحد (وقبض احدهما ووجد بالمقبوض او بالآخر عيبا ردهما) اى العبدين جميعا (او اخذهما) جميعا (ولا يرد المعيب وحده) اى ليس للمشتري ان يرده وحده لان فيه تفريق الصفقة قبل التمام وعن ابي يوسف انه يرد المقبوض خاصة لان الصفقة فيه تمت لتناهيها فيه والاصح الاول لان تمام الصفقة يتعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل (الا ان ظهر العيب بعد قبضهما) لانه تفريق بعد التمام فلا يمنع الرد وحده خلافا لزفر ووضع المسئلة في عبدين لكونه مما يمكن الانتفاع باحدهما لانه لو لم يمكن كما اذا اشترى خفين ووجد في احدهما عيبا لا يرد المعيب خاصة اتفاقا لانهما في المعنى والمنفعة كشيء واحد والمعتبر هو المعنى ولهذا قالوا لو اشترى زوجي ثور وقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا وقد الف احدهما الآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المعيب خاصة (ولو) كان المبيع كيليا او وزنيا من نوع واحد و (وجد بعض الكيلي او الوزني معيبا بعد القبض رد كله او اخذه) اى اخذ كله بعيبه لانه كالشيء الواحد فليس له ان يأخذ البعض سواء كان قبل القبض او بعده كالثوب الواحد اذا وجد ببعضه عيبا بخلاف العبدين وقوله بعد القبض اتفاقي ولو تركه لكان اولى تدبر (وقيل هذا) اى الخيار بين رد الكل او اخذه (ان لم يكن في وعائين والا) اى وان كان في وعائين (فهو كالعبدين) حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب وحده (ولو استحق بعضه) اى بعض الكيلي او الوزني (بعد القبض ليس له رد ما بقي بخلاف الثوب) قال صاحب المنح استحق بعض المبيع فان كان استحقاقه قبل القبض خير في الكل لتفريق الصفقة وان بعد القبض خير في القيمي لا في غيره لان التبعيض في القيمي كالثوب عيب فيخير بخلاف المثلي وقال ظهير الدين اذا استحق نصف الدار شايعا فالمشتري بالخيار عندنا ان شاء رد ما بقي ورجع بجميع الثمن وان شاء امسك ما بقي ورجع على البايع بثمن المستحق وان استحق منها موضع بعينه كان قبل القبض فهو بالخيار وان بعد القبض فلا خيار له و يرجع بثمن المستحق وقال الخصاف له ان يرد الكل و يرجع بالثمن وفي شرح الطحاوي اذا اشترى شيأ ثم استحق بعضه فان كان شيئا لا يمكن تمييزه الا بضرر كالدار والارض والكرم والعبد يتخير المشتري والا فلا وان قبض المشتري احد المبيعين فيما اذا وقع البيع

على شيئين فحكمه حكم ما قبل قبضهما فثبت الخيار للمشترى سواء ورد الاستحقاق على المقبوض او غيره لتفريق الصفقة قبل التمام (ومداواة) المشترى (المعيب بعد رؤية العيب وركوبه) اى ركوب المعيب بعدها وكذا الاجارة والرهن والكتابة والعرض على البيع واللبس والسكنى (رضى) لانه دليل الاستبقاء وفيه اشارة الى ان الاستخدام بعد العلم لا يكون رضى استحسانا لان الناس يتوسعون فيه وهو للاختبار كما فى البزازية ان الاستخدام رضاء بالعيب فى المرة الثانية على الصحيح الا اذا كان فى نوع آخر وفى التنوير اشترى جارية لها لبن فارضعت صبياله ثم وجدبها عيبا كان له ان يردها كما لو استخدمها وفى الغرر اشترى جارية ولم يتبرأ من عيوبها فوطئها او قبلها اولمسها بشهوة ثم وجدبها عيبا لم يردها مطلقا و يرجع بالنقصان الا اذا رضى البايع (ولو ركبه لرده على البايع او سقيه اوشراء علفه ولابد له منه فلا) اى لايكون بهذه الاشياء رضى بالعيب للاحتياج اليه قيل الركوب للرد لا يكون رضى كيف ما كان وفى البحر ادعى عيبا فى حمار فركبه ليرده وعجز عن البينة فركبه جائيا فله الرد ولو ركب لينظر الى سيرها فهو رضى وفى الفتح وجد بها عيبا فى السفر وهو يخاف على حمله حمله عليها و يرد بعد انقضاء سفره وهو معذور (ولو قطع) العبد (المبيع بعد قبضه) المشترى (اوقتل بسبب) متعلق بقطع وقتل على التنازع (كان عند البايع رده واخذ ثمنه) فى صورة القطع يعنى اشترى عبدا قد سرق عند البايع ولم يعلم به وقت الشراء اوالقبض فقطعت يده عند المشترى له ان يرده و يأخذ ثمنه عند الامام وكذا اذا قتل بسبب كان عند البايع لكن فى القتل لارد بل اخذ الثمن (وقالا) لايرده بل (رجع بفضل مابين كونه سارقا وغيرسارق اوقاتلا وغيرقاتل ان لم يعلم) المشترى (بالعيب عند الشراء والا) اى وان علم المشترى بالعيب عند الشراء (فلا) والحاصل انه بمنزلة الاستحقاق عنده و بمنزلة العيب عندهما لان الموجود فى يد البايع سبب القطع والقتل وهو لا ينافى المالية فينفذ العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه لتعذر الرد وله ان سبب الوجوب حصل فى يد البايع والوجوب يفضى الى الوجود فيضاف الوجود الى السبب السابق وقوله ان لم يعلم بالعيب يفيد على قولهما لان العلم بالعيب رضى به ولا يفيد على قوله فى الصحيح لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع كما فى البحر وغيره وظاهر كلام المؤلف انه ليس بمخير بين امساكه والرجوع بنصف الثمن وليس كذلك بل هو مخير فله امساكه واخذ نصف الثمن لانه بمنزلة الاستحقاق لا العيب حتى لومات بعد القطع حتف انفه رجع بنصف الثمن عنده كالاستحقاق قيد بكون القطع عند المشترى لانه لوقطعت عند البايع ثم باعه فات عند المشترى به

فانه يرجع بالنقصان عنده ايضا و بالقطع لانه لو اشترى مريضا فات منه عند المشترى او عبدا زنى عند البايع فجلد عند المشترى فات به رجع بالنقصان عنده ايضا وكذا لو زوج امته البكر ثم باعها وقبضها المشترى ولم يعلم النكاح ثم وطئها الزوج لا رجع بنقصان البكارة وان كان زوالها بسبب كان عند البايع كما فى الفتح (ولو تداولته الايدى) يعنى بعد وجوب سبب القطع فى يد البايع لو تداولته الايدى بالبياعات (ثم قطع فى يد) المشترى (الاخير رجع الباعة) جمع بايع واصله بيعة على وزن نصرة (بعضهم على بعض) عند الامام (كالاستحقاق وعندهما يرجع) المشترى (الاخير على بايعه لا) يرجع (بايعه) اى بايع المشترى (على بايعه) كما فى العيب لان المشترى الاخير لم يصر حابسا المبيع حيث لم يبعه ولا كذلك الآخرون فان البيع يمنع الرجوع بنقصان العيب كما تقدم (ولو باع بشرط البراءة من كل عيب صح وان) وصلية (لم يعد العيوب) عندنا لان الجهالة فى الابراء لا تفضى الى النزاع وان تضمن التمليك لعدم الحاجة الى التسليم وقال الشافعى لا يجوز لان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يجوز لان فيه معنى التمليك وهو يؤدى الى تمليك المجهول وبه قال احمد وعند زفر البيع جائز والشرط فاسد اذا كان مجهولا حتى اذا ذكر العيوب وعددها صحت البراءة عنها كان ابن ابى ليلى يقول لا تصح البراءة من العيب مع التسمية مالم يره المشترى وقد جرت هذه المسئلة بينه وبين الامام الاعظم فى مجلس ابى جعفر الدوانقى فقال له الامام ارأيت لو باع جارية فى موضع المأتى منها عيب او غلاما فى ذكره عيب اكان يجب على البايع ان يرى المشترى ذلك الموضع منها او منه ولم يزل يعمل به هكذا حتى افحمه وضحك الخليفة مما صنع به (ويدخل فى البراءة) عن العيوب العيب (الحادث قبل القبض عند ابى يوسف) وذكره مع الامام فى المبسوط وفى الخانية انه ظاهر مذهبهما لان المراد لزوم العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث (خلافا لمحمد) فانه قال لا يدخل فيه الحادث اذ المتحقق هو البراءة عن العيب الموجود لا على العموم فلا يدخل المعدوم واجمعوا انه لو ابرأه من كل عيب به لا يدخل الحادث ولو قال ابرأتك من كل عيب وما يحدث لم يصح اجماعا فاستشكل على قول ابى يوسف لانه مع التنصيص لا يصح فكيف يصحح ويدخله بلا تنصيص ولكن هذا على رواية الاسبيجابى واما على رواية المبسوط فيصح الاشتراط باعتبار انه يقيم السبب وهو العقد مقام العيب الموجب للرد وفى التنوير ابرأه من كل داء فهو على ما فى الباطن فى العادة وماسواه مرض اشترى عبدا فقال لمن ساومه اياه اشتره فلا عيب به فلم يتفق البيع فوجد به عيبا رده على بايعه

ولايمنعه من الرد عليه اقراره السابق ولو عينه بان قال لاعور به لايرده لاحاطة العلم به قال عبدى هذا آبق فاشتره منى فاشتراه و باع من آخر فوجده الثانى آبقا لايرده بما سبق من الاقرار مالم يبرهن انه ابق عنده باع عبدا وقال البايع للمشترى برئت اليك من كل عيب به الا الاباق فوجده آبقا فله الرد ولو قال الا اباقه فوجده آبقا لامشتر لعبد اوامة قال اعتق البايع اودبرا واستولد الامة اوهو حر الاصل وانكر البايع حلف فان حلف قضى على المشترى بما قاله لاقراره بماذكر ورجع بالعيب ان علم به حتى لوقال باعه وهو ملك فلان وصدقه فلان واخذه لايرجع بالنقصان وجد المشترى بمشريه عيبا واراد الرد فاصطلحا على ان يدفع البايع الدراهم الى المشترى جاز وعلى العكس لايصح رضى الوكيل بالعيب لزم الموكل ان كان المبيع مع العيب يساوى الثمن والالا ظهر عيب بمشرى الغائب عند القابض فوضع المبيع عند عدل فاذا هلك هلك على المشترى الااذا قضى بالرد على بايعه الله اعلم

﴿ باب البيع الفاسد ﴾

اخره عن الصحيح لكونه عقدا مخالفا للدين لانه معصية يجب رفعها وعنونه به وان ذكر فيه الباطل باعتبار كثرة انواعه وغيره يذكر فيه بطريق الاستطراد قال بعض الفضلاء الفاسد كما يذكر فى مقابلة الباطل كذا يذكر فى مقابلة الصحيح فيراد به مايعم الباطل وهو المراد ههنا انتهى لكن فيه كلام لانه يلزم منه ان يشمل الصحيح اذا استعمل فى مقابلة الباطل ولاوجه له تدبر واعلم ان البيوع على انواع صحيح وهو المشروع باصله ووصفه و باطل وهو ضده ولايفيد الملك بوجه وفاسد وهو المشروع باصله دون الوصف ويفيد الملك اذا اتصل به القبض ومكروه وهو المشروع باصله ووصفه لكن جاوره شئ منهى عنه وموقوف وهو المشروع باصله ووصفه و يفيد الملك على سبيل التوقف ولايفيد تمامه لتعلق حق الغير (بيع ماليس بمال والبيع) اى بيع الشئ (به) اى جعله ثمنا بادخال الباء عليه كان يقول بعت هذا الثوب بهذه الميتة مثلا (باطل كالدم) المسفوح (والميتة) التى ماتت حتف انفها لان المخنقة واما لها مال عند اهل الذمة (والحر) لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال لان هذه الاشياء لاتعد مالا عند احد ممن له دين سماوى كما فى اكثر الكتب لكن الحر مال فى شريعة يعقوب عليه السلام حتى استرق السارق على ماقالوا فلا ينبغى ان يقال انه لم يكن مالا عند احد كما فى القهستانى (وكذا) يبطل (بيع ام الولد والمدبر) المطلق الا بالقضاء لقيام المالية ولذلك فصله بقوله وكذا

كما فى الاصلاح وفى البحر ونفاذ القضاء ببيع ام الولد ضعيف وفى قضاء البزازية الاظهر عدم النفاذ لكن صحح فى الفتح النفاذ بقضاء القاضى تدبر قيدنا بالمطلق لان بيع المقيد جائز اتفاقا وعند الائمة الثلثة بيع المدبر جائز مطلقا (وكذا) يبطل (بيع المكاتب) لانه استحق يدا على نفسه بعقد الكتابة فلا يتمكن المولى من فسخه وفى بيعه ابطال لذلك الاستحقاق اللازم فى حق المولى فلا يجوز (الا ان يجيزه) المكاتب ففيه روايتان اظهرهما الجواز لان رضاءه به متضمن تعجيز نفسه (وكذا) يبطل (بيع مال غير متقوم كالخمر والخنزير بالثمن) وهو الدراهم والدنانير حالا اومؤجلا لان المقصود فى البيع عين المبيع لانها هى المنتفع بها لا عين الثمن لانها جعلت وسيلة اليه ولهذا يجوز ثبوته فى الذمة واذا جعلت الخمر مبيعة تكون مقصودة وفيه اعزاز والشرع امر باهانتها ولهذا بطل بيعها (وكذا) يبطل (بيع قن ضم الى حر وذكية ضمت الى ميتة) ماتت حتف انفها (وان) وصلية (بين ثمن كل) عند الامام لان الحر غير داخل فى البيع اصلا لكونه غير مال وبضمه الى القن جعل شرط القبول القن وجعل غير المال شرطا لقبول المبيع مبطل للبيع وكذا الميتة (وعندهما يصح) البيع (فى العبد والذكية ان بين الثمن) لان الصفقة متعددة معنى بتفصيل الثمن والفساد بقدر المفسد فلا يتعداه كما لو جمع بين اخته واجنبية بالنكاح لكن التنظير ليس بمحله لان النكاح لا يبطل بالشروط المفسدة ولا كذلك البيع تأمل (وصح) البيع (فى قن ضم الى) مملوك له من (مدبر) مطلق اومقيد اومكاتب اوام ولد فالمملوك اعم خلافا لزفر (او) ضم (الى قن غيره) اى غير البايع (بالحصة) اى صح بحصة القن فى الصورتين وان لم يبين الحصة لان بيع المدبر وام الولد جائز بالقضاء وبيع المكاتب برضاه كما بيناه فيصير محلا للبيع فدخلوا ابتداء فى العقد ثم خرجوا عنه لاستحقاقهم انفسهم باتصال الحرية بهم من وجه فصار جمع العبد مع كل منهم بمنزلة بيع عبدين استحق احدهما وبيع قن الغير يجوز موقوفا فيصير محلا للبيع وفى الحقايق الجمع بين العبد ومعتق البعض كالجمع بين العبد والحر (وكذا) صح البيع (فى ملك ضم الى وقف فى الصحيح) بالنظر الى اصله الذى هو حبس العين على ملك الواقف فحينئذ يجوز بيع الملك المضموم اليه بحصته وقيل لا يصح وفى الفرائد هذا فى غير المسجد اما فى المسجد فلا يصح فى الملك المضموم اليه فلهذا لا يصح بيع قرية لم يستثن منها المساجد والمقابر انتهى وفيه كلام لانه يصح فى الملك بصرف الكلام الى الاستثناء المعنوى وهو الاصح كما فى المحيط تدبر (وبيع العرض) اى غير الثمن (بالخمر او بالعكس) والاولى وبالعكس بالواو اى بيع الخمر بالعرض (فاسد)

فى العرض فيمسكه بالقبض فيجب قيمته لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فان الخمر عند البعض مال ولايملك الخمر لبطلان البيع فى الخمر حتى لوهلكت عند المشترى لاتضمن لانها غير متقومة عند الشرع (وكذا بيعه) اى بيع العرض (بالخنزير) فاسد فى العرض باطل فى الخنزير كما فى الخمر ولم يذكر بيع الخنزير بالعرض وفى التسهيل وغيره فسد لوقوبل خمر اوخنزير اوشعره بعين سواء بيعت به او بيع بها اذا امكن جعل العين مقصودا انتهى فعلى هذا لوقال بيع العرض بالخمر اوبالخنزير وبالعكس لكان اخصر واولى تدبر (ولايجوز بيع طير فى الهواء) ومعناه ان يأخذ صيدا ثم ارسله من يده ثم بيعه وانما قيدناه بذلك لان بيع الطير فى الهواء قبل ان يأخذه باطل كما فى البحر هذا اذا كان الطير يطير ولايرجع اما اذا كان له وكر عنده يطير منه فى الهواء ثم يرجع اليه جاز بيعه والحمام اذا علم عودها وامكن تسليمها جاز بيعها لانها مقدورة التسليم كما فى التبيين وغيره فعلى هذا لوقيده بقوله لايرجع لكان اولى تدبر (ولا) يجوز بيع (سمك لم يصد) لانه بيع مالايملكه كما فى اكثر الكتب وهذا التعليل يفيد بطلانه لما تقرر من ان بيع مالا يملكه بط لافاسد لكن محل وقوعه فاسدا ان كان بالعرض لانه مال متقوم لان التقوم بالاحراز ولا احراز كما فى المنح وفيه كلام لانه ينبغى ان يبطل لان السمك الذى لم يصد ليس بمال اصلا والبيع باطل فيه مطلقا كما قال بعض الفضلاء (اوصيد والقى فى حظيرة لايأخذ منها بلاحيلة) فانه فاسد للعجز عن التسليم (اودخل اليها) اى مسوقا الى الحظيرة (نفسه ولم يسد مدخله) فانه لايجوز وفى الزاهدى اذا اجتمعت بنفسها فبيعها باطل كيف ما كان لعدم الملك (وان صيد والقى فيها) اى فى الحظيرة (وامكن اخذه)اى السمك (بلا حيلة صح) بيعه لكونه مقدور التسليم لكن اذا سلمه الى المشترى فله خيار الرؤية قيل هذا اذالم يهئ الحظيرة او الارض للاصطياد امااذا هيأها له يملكها بلاخلاف (ولا) يجوز (بيع الحمل والنتاج)وفى الدرر جعل بيع النتاج باطلا وبيع الحمل فاسد الان عدم الاول مقطوع به وعدم الثانى مشكوك فيه انتهى لكن فى البحر وغيره والحمل بسكون الميم بمعنى الجنين والنتاج حبل الحبلة والبيع فيهما باطل لنهيه عليه السلام عن بيعهما تدبر (ولا) يجوز بيع (اللبن فى الضرع) فانه فاسد للغرر لاحتمال كونه انتفاخا ولانه تنازع فى كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره فى المنح لكن فيه كلام لانه فى صورة كونه انتفاخا يقتضى ان يكون بيعه باطلا لانه مشكوك الوجود فلايكون مالا تأمل قال يعقوب باشا وعلى هذا ينبغى ان لايجوز بيع الشئ الملفوف الموصوف لانه يحتمل ان لايوجد شئ اووصفه المذكور مع انهم صرحوا بجوازه انتهى وفيه

كلام لان عدم وجدان الوصف المذكور لايقتضي كون الآخر ان لايكون مالا والشيء يقتضي المالية والانتفاخ ليس بمال والقياس غير جائز تدبر (وكذا) لايجوز بيع (اللؤلؤ في الصدف) فانه فاسد للغرر وهو مجهول لايعلم وجوده ولاقدره ولايمكن تسليمه الابضرر وهو الكسر كما في المنح لكن في تعليله كلام لان المجهول الذي لايعلم وجوده يقتضي ان يكون بيعه باطلا تأمل (والصوف على ظهر الغنم) لورود النهي عنه ولانه يزيد من الاسفل بغير انقطاع فيختلط الغير بالمبيع وفي شراح الوقاية ويعود صحيحا ان قلع انتهى لكن في السراج لو سلم الصوف بعد العقد لم يجز ايضا ولاينقلب صحيحا تأمل (خلافا لابي يوسف فيهما) فانه يجوز بيع اللؤلؤ في الصدف لتيسر التسليم ولاضرر بالكسر لان الصدف لاينتفع به الا بالكسر ولكن يخير لعدم الرؤية وكذا يجوز بيع الصوف على ظهر الغنم لقدرة التسليم (ولا) يجوز (بيع اللحم في الشاة) لاحتمال ان يكون مهزولا اوسمينا فيفضي الى النزاع (و) لايجوز بيع (ضربة القانص) وهو بالقاف والنون الصايد يقول بعتك مايخرج من القاء هذه الشبكة مرة بكذا وقيل بالغين والياء قال في تهذيب الازهري نهى عن ضربة الغايص وهو الغواص بان يقول اغوص غوصة فما اخرجته من اللآلئ فهو لك بكذا وهو بيع باطل لعدم ملك البايع المبيع قبل العقد فكان غررا ولجهالة مايخرج وتمامه في البحر فليراجع (و) لايجوز بيع (جذع) يعني الجذع المعين لان غير المعين لايعود صحيحا كما في الاصلاح (في سقف وذراع من ثوب) يضره التبعيض كالقميص (وان) وصلية (ذكر قطعه) لانه لايمكن تسليمه الابضرر وقيدنا بالضرر لانه لوكان مما لايضره التبعيض كالكرباس فيجوز وقول الطحاوي في آجر من حائط وذراع من كرباس اوديباج لايجوز ممنوع في الكرباس اومحمول على كرباس يتعيب به واما مالايتعيب فيه فيجوز كما في البحر (فلو قلع الجذع) المعين (اوقطع الذراع وسلم قبل الفسخ عاد صحيحا) لزوال المفسد قبل التقرر بخلاف ما اذا باع جلد الحيوان وذبحه وسلمه حيث لايعود صحيحا وبخلاف ما اذا باع بذرا في بطيخ ونحوه حيث لايصح وان شقه واخرج المبيع (ولا) يجوز بيع (المزابنة) ولو فيما دون خمسة اوسق خلافا للشافعي (وهي بيع الثمر) بالثاء المثلثة (على النخل بتمر) بالتاء المثناة (مجذوذ) اي مقطوع والمزابنة بيع الثمر في رؤس النخل بالتمر من الزبن وهو الدفع كما في البحر (مثل كيله خرصا) اي حزرا وظنا حقيقيا لانه لوكان مثل كيله كيلا حقيقيا لم يبق ما على الرأس ثمرا بل تمرا مجذوذا كالذي يقابله من المجذوذ وانما لم يجز لنهيه عليه السلام عن بيع المزابنة لان الجهالة في المماثلة تفضي

الى الربا وبيع العنب بالزبيب على هذا وفى المنح وفيه كلام لانه فسر المزابنة بما سمعت من بيع الثمر بالمثلثة على رأس النخل بتمر بالمثناة وهو خلاف التحقيق لان الثمر بالمثلثة حمل الشجر رطبا كان اوبسرا اوغيره واذالم يكن رطبا جاز لاختلاف الجنس والاولى ان يقال بيع الرطب بتمر (و) لايجوز بيع (المحاقلة وهى بيع البر فى سنبله ببر مثل كيله خرصا) لنهيه عليه السلام عنها ايضا ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما لو كانا موضوعين على الارض (ولا) يجوز (البيع بالملامسة والمنابذة والقاء الحجر بان يتساوما سلعة فيلزم البيع لولمسها) اى السلعة (المشترى) وهذا بيع الملامسة (اووضع) المشترى (عليها حجرا) وهو البيع بالقاء الحجر (اونبذها) اى السلعة (اليه) اى الى المشترى (البايع) وهذا البيع بالمنابذة هذه بيوع كانت فى الجاهلية فنهى عنها وقال صاحب الفرائد لواخر قوله اووضع عليها حجرا عن قوله اونبذها لكان النشر على ترتيب اللف لكنه جعله مشوشا ولا بد من نكتة انتهى والنكتة المناسبة بان اللمس والوضع من قبل المشترى والمنابذة من قبل البايع ولواخره للزم الخلط والتفصيل تدبر (ولا) يجوز (بيع ثوب من ثوبين) لجهالة المبيع (الا بشرط ان يأخذ) المشترى (ايهما شاء) فيجوز لاشتراطه خيار التعيين كما بيناه فى موضعه (ولا) يجوز (بيع المراعى) جمع المرعى ولو افرد كما افرد البعض لكان اخصر والمراد بالمرعى الكلاء النابت فى ارض غير مملوكة اوفى ارض البايع بدون تسبب منه قيدنا به لانه لو تسبب فى ذلك بان سقى الارض اوهيأها للانبات جاز له بيع كلائها لانه ملكه حتى لو احتشه انسان بغير اذنه كان له استرداده وقيل لايجوز بيعه لانه ليس بملكه لان الشركة فيه ثابتة بالنص وهو قوله عليه السلام الناس شركاء فى ثلث فى الماء والكلاء والنار (ولا اجارتها) اى لاتجوز اجارة المراعى التى هى الكلاء لان اجارتها تقع على استهلاك عين غير مملوكة ولو عقدت على استهلاك عين مملوك بان استأجر بقرة ليشرب لبنها لاتجوز وهذا اولى وانما فسرنا المرعى بالكلاء وجعلناه من اطلاق اسم المحل على الحال لان بيع رقبة الارض واجارتها جائزة بالاجماع كما فى الشمنى وفى القهستانى المراعى بكسر العين جمع المرعى بفتحها وهو الرعى بكسر الراء الكلاء رطبا اويابسا كما فى الصحاح وغيره فمن الظن انه من ذكر المحل وارادة الحال تبع (ولا) يجوز بيع (النحل بفتح النون وسكون الحاء المهملة حيوان يحدث منه العسل (بلا كوارات) جمع كوارة بضم الكاف وتشديد الواو معسل النحل اذا سوى من طين وغيره وهذا عند الشيخين لكونه من الهوام فلا ينتفع بعينه بل بما يخرج عنه فلا يكون نفسه مالا متقوما والشئ انما يصير مالا لكونه منتفعا به حتى لو باع كوارة فيها عسل

بما فيها من النحل يجوز تبعا له كذا ذكره الكرخي كما في الهداية وفي التبيين لو باعه مع الكوارة صح تبعا لها ذكره القدوري في شرحه وذكر الكرخي انه لا يجوز بيعه مع العسل والمتبادر من المتن جواز بيع النحل اذا انضم مع الكوارات وان لم يكن فيها عسل مع ان جوازه اذا كان فيها ذلك عند الشيخين على ما في التبيين بما ذكره القدوري تدبر (خلافا لمحمد) فيجوز بيع نفسه بلا كوارة اذا كان محرزا اي مجموعا وهو قول الائمة الثلثة لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا (ولا) يجوز بيع (دود القز وبيضه) عند الامام لانه من الهوام (وعند ابي يوسف يجوز) البيع (في الدود اذا كان مع القز) يعني اذا ظهر منه القز يجوز البيع تبعا له (وفي البيض عنه) اي عن ابي يوسف (قولان) في قول يجوز بيع بيضه مطلقا لمكان الضرورة وهو مع محمد وفي قول لا يجوز وهو مع الامام فيه (وعند محمد) وهو قول الائمة الثلثة (يجوز بيعهما مطلقا) لكونه منتفعا به (وهو المختار) للفتوى وفي البحر ولكن يرد عليه ان الفتوى على قول محمد في بيع النحل ايضا كما في الذخيرة والخلاصة وغيرهما فلم اختار في قوله في الدود دون النحل بلا ترجيح تدبر (ولا) يجوز (بيع الآبق) لورود النهي ولعجزه عن التسليم (الا ممن يزعم انه) اي الآبق (عنده) فانه حينئذ يجوز لان المنهي بيع آبق في حق المتعاقدين وهو غير آبق في حق المشتري ولانه انتفى العجز لكونه مقبوضا وصرح بفساد هذا البيع في الدرر وغيره لكن في البحر صرح ببطلانه لانعدام المحلية ولو باعه ثم عاد من الاباق لا يتم ذلك العقد وعن هذا قال (فان عاد قبل الفسخ لا ينقلب صحيحا) وهو ظاهر الرواية وبه كان يفتي ابو عبد الله البلخي لكونه وقع باطلا (وقيل ينقلب صحيحا) ويتم العقد المزبور على القول بالفساد وهذا رواية عن الامام لزوال المانع عن التسليم كما اذا ابق بعد البيع هكذا روي عن محمد كما في الهداية ورجح في الفتح القول بالفساد (ولا) يجوز بيع (لبن امرأة) سواء كانت حرة او امة (ولو) للوصل (بعد الحلب) لانه جزء الآدمي وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع واما بيع نفس الامة فلال لاختصاصه للحي ولا حيوة في لبنها وقال الشافعي يكون اللبن محلا للبيع لكونه مشروبا ظاهرا (وعند ابي يوسف يصح في لبن الامة) اعتبارا لبيعها وفي الهداية وغيرها ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن ابي يوسف انه يجوز بيع لبن الامة انتهى فعلى هذا ينبغي للمص ان يقول وعن ابي يوسف لان قوله عند ابي يوسف يقتضي الظاهر تأمل وفي التسهيل واختلف المشايخ في حل الامة لو شراها بانها حبلى صح عند البعض لا عند البعض وصح بان المبيعة حلوب (ولا) يجوز بيع (شعر الخنزير)

لانه محرم فيبطل لنجاسته (ولكن يباح الانتفاع به) اى بشعر الخنزير (للخرز) ونحوه (للضرورة) الخرز بفتح الخاء المعجمة وسكون الراء المهملة بعدها معجمة مصدر خرز الخف وغيره فيستعمله الخفاف فى زمانهم وكذا تستعمله النسوان لتسوية الكتان لان غيره لايعمل عمله وعلى هذا قيل اذا لم يوجد الابالبيع جاز بيعه لكن الثمن لايطيب للبايع و قيل هذا اذا كان منتوفا فالمقطوع يكون طاهرا (ويفسد) شعر الخنزير (الماء القليل عند ابى يوسف) وهو المختار (لا) يفسده (عند محمد) لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ولابى يوسف ان الاطلاق للضرورة فلا يطهر الا فى حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغايرها (ولا) يجوز (بيع شعر الآدمى ولا الانتفاع به ولا بشئ من اجزائه) لان الآدمى مكرم غير مبتذل فلا يجوز ان يكون شئ من اجزائه مهانا مبتذلا وقد قال عليه السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث وانما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد فى قرون النساء وذوائبهن وعن محمد انه يجوز الانتفاع به استدلالا بما روى انه عليه السلام حين حلق رأسه قسم شعره بين اصحابه رضى الله تعالى عنهم وكانوا يتبركون به ولولم يجز الانتفاع به لما فعل لكن فيه مافيه تتبع (ولا) يجوز (بيع جلود الميتة قبل الدباغ) لانها غير منتفع بها وليست بمال لنجاستها فيبطل بخلاف الثوب والدهن المتنجس فانها عارضة (ويجوز) بيعها (بعده) اى بعد الدباغ (وينتفع به) اى بالجلد المدبوغ الدال عليه الجلود فلا يرد ماقيل من ان الظاهر ان يكون الضمير مؤنثا وانما ينتفع لكونه طاهرا بعده (ويباع عظمها) اى الميتة (وينتفع به) اى بعظمها (وكذا عصبها وقرنها وصوفها وشعرها ووبرها) لطهارة هذه المذكورات اذ لاحيوة فيها حتى يحل الموت بها القرن من الوبر ولو قدم على الصوف لكان اقرب وكذا لو قدم الشعر على الصوف لكان انسب (وكذا) يباع (عظم الفيل) عند الشيخين فان الفيل عندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه و ينتفع به قالوا هذا اذا لم يكن على العظم واشباهه دسومة اما اذا كانت فهو نجس (خلافا لمحمد)فانه نجس العين عنده كالخنزير حرمة وصورة والمختار قولهما (ولا يجوز بيع علو سقط) اى يبطل بيع موضع العلو بعد سقوطه سواء سقط بيت السفل اولا اذ بعد انهدامه لايبقى له الاحق التعلى وهو ليس بمال لان المال مايمكن احرازه فالبيع لم يصادف محله فيكون لغوا بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومفرزا فى رواية وانما قيدنا ببعد سقوطه لان البيع قبله يجوز نظرا الى البناء القائم فيه وان سقط العلو بعد البيع قبل التسليم يبطل البيع لهلاك المبيع قبل التسليم (ولا) يجوز بيع

(المسيل ولاهبته) لان رقبة المسيل مجهول لان مقدار ما يشغله الماء من الارض يختلف بقلة الماء وكثرته حتى لو بين حدوده وموضعه جاز وان اريد بالمسيل التسبيل فان كان على السطح كان حق التعلي وقدمر بطلانه وان كان على الارض كان مجهولا بجهالة محله (وصحا) اى البيع والهبة (فى الطريق) لان رقبة الطريق معلوم وان لم يبين فقدر بعرض باب الدار فيجوز فيه البيع والهبة ففى بيع حق المرور روايتان وجه البطلان انه ليس بمال ووجه الصحة الاحتياج اليه وهو حق معلوم متعلق بعين باق وصح بيع حق المرور تبعا للارض بالاجماع ووحده فى رواية (ولا) يجوز (بيع شخص على انه لمة فاذا هو عبد) وكذا عكسه استحسانا والقياس جوازه وهو قول زفر لان الاختلاف بالذكورة والانوثة اختلاف بالوصف لانهما وصفان فى الحيوان واختلاف الوصف يوجب الخيار لا الفساد كما فى البهائم وجه الاستحسان ان الذكر والانثى من بنى آدم جنسان مختلفان لتفاحش التفاوت فى المقاصد فان المق من العبد الاستخدام خارج الدار ومن الامة الاستخدام داخل الدار كالاستفراش والاستخدام وغيرهما فباختلاف المقاصد صارا جنسين مختلفين (ولو باع كبشا فاذا هو نعجة صح ويخير) وجه الصحة لانه لاتفاوت فى المقصود فان المقصود منه اللحم والحمل والركوب ونحو ذلك فالانثى والذكر يصلحان لذلك فكانا جنسا واحدا فتعلق العقد بالمشار اليه اعلم ان مختلفى الجنس يتعلق العقد بالمسمى اذا اختلف المسمى والمشار اليه لان التسمية ابلغ فى التعريف من الاشارة لان الاشارة لتعريف الذات والتسمية لاعلام الماهية وهو امر زائد على اصل الذات فكان ابلغ فى التعريف ويحتاج فى مقام التعريف الى ماهو ابلغ فيه فكانت الاشارة اولى بالاعتبار فى متحدى الجنس لان المسمى موجود فى مشار اليه ذاتا والوصف يتبعه فامكن الجمع بينهما بان يجعل الاشارة للتعريف والتسمية للتعريف فثبت له الخيار عند فوات الوصف المرغوب فيه بخلاف مختلفى الجنس لان المسمى فيه مثل المشار اليه وليس بتابع فلا يمكن ان يجعل احدهما تبعا للآخر فيعتبر الاعرف عند تعذر الجمع بينهما وهذا هو الاصل فى العقود كلها كالاجارة والنكاح والصلح عن دم العمد والخلع والعتق على مال كما فى التبيين (ولا) يجوز (شراء ما باع) البايع او وكيله من سلعة او غيرها (باقل مما باع) من الثمن (قبل نقد) كل (الثمن) الاول او بعضه وان بقى من ثمنه درهم كما فى السراج صورتها باع جارية مثلا بالف حالة او نسئة فقبضها المشترى ثم اشتراها البايع من المشترى قبل نقد الثمن الاول بالاقل فالبيع الثانى فاسد عندنا وقال الشافعى يجوز وهو القياس لان الملك فيه قد تم بالقبض فيجوز بيعه باى قدر كان من الثمن

كما اذا باعه من غير البايع اومنه بمثل الثمن الاول او باكثر او ببعض او باقل بعد النقد وانما منعنا جوازه استدلالا بقول عائشة الصديقة رضى الله عنها لتلك المرأة وقد باعت بستمائة بعد اشترت بثمانمائة بئس ما شريت واشتريت ابلغى زيد بن ارقم ان الله تعالى ابطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب ولان الثمن لم يدخل فى ضمانه فاذا وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة بقى له فضل بلا عوض بخلاف ما اذا باع بعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة وانما ترك فاعل الشراء ليشمل شراء من لاتقبل شهادته للبايع كالاصول والفروع ومكاتبه فهو ايضا بمنزلة شراء البايع عند الامام خلافا لهما فى غير العبد والمكاتب وكذا الحكم لو باعه وكالة عن غيره او اشتراه بطريق الوكالة لغيره اذا كان هو البايع ومحل كلامه شراء الكل او البعض وخرج شراء وارث البايع ووكيله عند الامام خلافا لهما واما شراء البايع ممن اشترى من مشتريه او الموهوب له او الموصى له فجائز اتفاقا وقيد بما باع لان المبيع اذا انتقص وتغير بعيب جاز ولابد من عدم الجواز من اتحاد جنس الثمن فان اختلف جاز مطلقا والدراهم والدنانير جنس واحد هنا (وكذا شراؤه) اى لايجوز شراء ما باع البايع او وكيله حال كون ما باع (مع غيره بثمنه الاول قبل نقده ويصح فى الغير بحصته) صورتها باع جارية بخمسمائة وقبضها المشترى ثم اشتراها وجارية اخرى معها قبل نقد الثمن بخمسمائة فان الشراء فى التى لم يبعها منه صحيح وفى الاخرى وهى التى باعها منه فاسد لانه لابد ان يجعل الثمن بمقابلة التى لم يبعها منه فيكون مشتريا للاخرى باقل مما باع ضرورة ولا يسرى الفساد لضعفه لانه مجتهد فيه فيقتصر على محله فلا يتعداه كما فى الجمع بين عبد ومدبر (ولا) تجوز (شراء زيت) دهن الزيتون (على ان يزنه بظرفه) اى بشرط وزنه معه (وان يطرح عنه) اى عن الزيت (لكل ظرف مقدار معين) كخمسين رطلا لان هذا شرط لايقتضيه العقد لان مقتضاه ان يطرح عنه وزن الظرف فاذا طرح مقدار خمسين رطلا مثلا يحتمل ان يكون اكثر من الظرف او اقل الا اذا عرف وزنه خمسون رطلا فحينئذ يجوز (وان شرط طرح مثل وزن الظرف يصح) لانه شرط يقتضيه العقد (وان اختلفا) اى البايع والمشترى (فى الظرف وقدره) فقال المشترى الظرف هذا وهو عشرة ارطال وقال البايع غير هذا وهو خمسة ارطال (فالقول للمشترى) مع يمينه لانه ان اعتبر اختلافا فى تعيين الظرف المقبوض كما هو الظاهر وقدر الزيت فالقول له لانه قابض والقول للقابض امينا كان او ضمينا وان اعتبر اختلافا فى قدر الثمن فكذا القول لانه ينكر الزيادة ولا يتحالفان لان اختلافهما فى الثمن

ثبت تبعا لاختلافهما فى الرق والاختلاف فى الرق لايوجب التحالف لانه ليس بمعقود به ولا معقود عليه فكذا الاختلاف فيما ثبت تبعا لان حكم التبع لايخالف حكم الاصل (ولو امر مسلم ذميا ببيع خمر اوشرائها صح) اى يجوز توكيل المسلم ذميا ببيع الخمر وبشرائها عند الامام لان الوكيل فيما وكل به يتصرف تصرف الاصل لاهليته لا لنيابته وانتقال الملك الى الآمر حكمى فلا يمتنع بسبب الاسلام كما اذا ورثهما (خلافا لهما) لان عندهما لايجوز اذا لوكيل نائب عن موكله فما تصرف فيه عائد اليه فباشرته كمباشرته وذا لايجوز فيما نحن فيه اذ لا ولاية للمسلم فى بيعها ولا فى شرائها والتوكيل مبنى على الولاية فيما وكل به غيره وعلى هذا الخلاف الخنزير وقد روى عن الامام تكره اشد مايكون من الكراهة ثم ان كان خمرا يخللها وان خنزيرا يسيبه (وكذا) اى على هذا الخلاف (لو امر المحرم غيره ببيع صيده) الذى اصطاده قبل الاحرام يجوز التوكيل عند الامام خلافا لهما (ولو شرى كافر عبدا مسلما او مصحفا صح ويجبر على اخراجهما من ملكه) اى من ملك الكافر دفعا للذل من جهة وقال الشافعى لايجوز اذلا لامن جهة مملوكيتها للكافر قيد بالشراء لان الكافر لو استأجر مسلما للخدمة جاز اتفاقا ولكن يكره (والبيع بشرط يقتضيه العقد صحيح كشرط) كون (الملك للمشترى) وشرط تسليم المشترى الثمن وشرط تسليم البايع المبيع لان مثل هذا الشرط لايزيد شيئا بل يؤكد موجب العقد (وكذا) يصح (بشرط لايقتضيه العقد ولا نفع فيه لاحد) من المتعاقدين والمبيع المستحق للنفع بان يكون آدميا (كشرط ان لا يبيع الدابة المبيعة) بان قال بعت هذه الدابة منك على ان لاتبيعها او تسيبها فى المرعى لان هذا الشرط لايؤدى الى النزاع ولايحتمل الربوا لعدم النفع الزائد فيصح العقد ويبطل الشرط وهو ظاهر من المذهب وعن ابى يوسف انه يفسد البيع قيل هذا مثال لعدم النفع للعاقدين مع منفعة للمعقود عليها لكن ليست من اهل الاستحقاق وكذا يصح بشرط ملايم للعقد كشرط ان يرهنه المشترى شيئا معينا او يعطيه كفيلا معينا لان هذا لايفسد بل يؤكد وان كانا غير معينين يفسد ان للمنازعة وكذا يصح بشرط لايلايم العقد لورود النص على جوازه كالخيار والاجل رخصة وتيسيرا (ولو) كان البيع (بشرط لايقتضيه العقد وفيه نفع لاحد العاقدين) اى البايع والمشترى (او لمبيع يستحق بالنفع) بان يكون آدميا (فهو) اى هذا البيع فاسد لما فيه من زيادة عرية عن العوض فيكون ربوا وكل عقد شرط فيه الربوا يكون فاسدا وفى شرح المجمع انما يفسد البيع بشرط اذا ذكره بكلمة على واما اذا ذكره بحرف الشرط كما اذا قال بعت ان كنت تعطينى كذا فالبيع باطل (كبيع عبد

على ان يعتقه المشترى اويدبره اويكاتبه او) كبيع (امة على ان يستولدها)
المشترى لان هذه شروط لايقتضيها العقد وفيه منفعة للمعقود عليه فيفسد به
(فلو اعتقه) اى العبد (المشترى) بعد ما اشتراه بشرط العتق (عاد البيع
صحيحا) استحسانا (فيلزم) على المشترى (الثمن) عند الامام (وعندهما
لايعود) صحيحا (فتلزم) على المشترى (القيمة) وهو القياس لان العقد
فسد بالشرط اعتق او لم يعتق فلايعود صحيحا كما اذا تلف بوجه آخر وهو رواية
عن الامام وجه الاستحسان ان الشرط وان لم يلايم العقد لذاته لكن شرط
العتق من حيث الحكم يلايمه لانه منه للملك والشئ بانهائه يتقرر ولهذا لايمنع
العتق الرجوع بنقصان العيب فاذا تلف بوجه آخر لم تحقق الملايمة فيتقرر
الفساد واذا وجد العتق تحققت الملا يمة فترجح جانب الجواز فيعود صحيحا
وفى الحقايق الخلاف فيما اذا اعتقه المشترى بعد القبض واماقبله فلايصح
الاعتاق (وكشرط ان يستخدمه) اى العبد (البايع شهرا اويسكنها) اى الدار
المبيعة (اولا يسلمه) اى المبيع (الى رأس الشهر) متعلق بيسكنها ولايسلمه على
طريق التنازع (اويقرضه المشترى درهما اويهدى له) المشترى (هدية)
هذه امثلة شرط لايقتضيه العقد وفيه نفع للبايع (او) كشرط (ان يقطع
البايع الثوب ويخيطه قباء اوقميصا اويحذو النعل) يعنى لواشترى جلدا على
ان يحذوه البايع نعلا للمشترى يقال حذالى نعلا اى عملها (اويشركه) اى النعل
من التشريك وهووضع الشراك على النعل وهو السير الذى على ظهر القدم
كذافى المغرب هذه امثلة شرط لايقتضيه العقد وفيه نفع للمشترى فيفسد ولانه
ان كان بعض الثمن بمقابلة العمل المشروط فهو اجارة مشرطة فى بيع
وان لم يكن فى مقابلته شئ فهو اعارة مشروطة فيه وقد ورد النهى عن صفقة
فى صفقة (ويصح فى النعل استحسانا) للتعامل لان التعامل يرجح على القياس
لكونه اجماعا عمليا والقياس عدم الجواز وهو قول زفر (ولا يجوز بيع امة
الاحملها) لان مالايصح افراده بالعقد لايصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا
القبيل وتمامه فى الهداية (ولا) يجوز (البيع الى النيروز) وهو اول يوم
من نزول الشمس فى برج الحمل وابتداء ربيع (والمهرجان) وهو اول يوم من نزول
الشمس فى الميزان وابتداء خريف (وصوم النصارى وفطر اليهود ان لم يعلم
العاقدان) مقدار (ذلك) المذكور من النيروز والمهرجان وصوم النصارى
وفطر اليهود لان النيروز والمهرجان لايتعينان الابطن وممارسة بعلم النجوم
فربما يقع الخطاء فيكون مجهولا فيؤدى الى النزاع وكذا صوم النصارى وفطر
اليهود يكونان مجهولين لان النصارى يبتدؤن ويصومون خمسين يوما

فيمطرون فيوم صومهم مجهول واما فطرهم بعد ماشر عوا فى صومهم فعلوم فلا جهالة فيه ولا افساد واليهود يصومون من اول شهر الى تمام عشرين من شهر آخر ثم نفطرون فيوم صومهم اوفطرهم مجهول لاختلافهما باختلاف عدة شهر هذا اذالم يعرف العاقدان هذه الآجال وكذا اذا لم يعرف احد هما اما اذا كان ذلك معلوما عند هما فيجوز البيع لعدم النزاع (ولا يجوز الى الحصاد) بفتح الحاء المهملة وكسر ها وقت قطع الزرع (والدياس) بكسر الدال المهملة وقت وطئ الدواب الحنطة وغيرها (والقطاف) بكسر القاف والفتح لغة فيه وقت قطع العنب من الكرم (والجزاز) بكسر الجيم وفتحها وقت جزالصوف من ظهر الغنم وقيل جزاز النخل وفى الهداية بالراى وذكر الزيلعى انه بالذال المعجمة عام فى قطع الثمار وبالمهملة خاص فى النخل (وقدوم الحاج) اى وقت مجئ الحاج وانما لم يجز البيع الى هذه المذكورات لعدم تيقن اوقاتها لانها تتقدم وتتأخر (وتصح الكفالة الى هذه الاوقات) لكون الجهالة يسيرة لان الكفالة تتحمل الجهالة اليسيرة فى اصل الدين اذ تجوز الكفالة بمال غير معين ففى الوصف اولى وفى التسهيل وفى النذر يتحمل الجهالة ولو فاحشة بخلاف البيع فانه لا يتحملها فى اصل الثمن فكذا فى وصفه قيد بهذه الاوقات لانه لو كفل الى هبوب الريح فهى باطلة لانها متفاحشة (فان اسقط) من له الاجل (الاجل المفسد) للبيع (قبل حلوله) اى قبل مجئ الاجل المفسد وقبل التفرق (صح) البيع لزوال المفسد وهو النزاع قبل دخول وقته مع ان الجهالة ليست فى صلب العقد بل فى شرط زائد فيمكن اسقاطه خلافا لزفر والشافعى اذا لعقد عند هما بعد فساده لا ينقلب صحيحا اصلا وقيد نا بقولنا قبل التفرق لانه لو تفرقا قبل الابطال تأكد الفساد ولا ينقلب صحيحا اتفاقا كما فى شرح المجمع (وكذا لو باع مطلقا) عن هذه الآجال (ثم اجل الى هذه الاوقات فانه يصح) لان هذا تأجيل الدين لا الثمن فالدين هنا فى التحمل بمنزلة الكفالة وفى القنية باع بالف نصفه نقد ونصفه الى رجوعه من زمستان وهو فاسد والفتوى على انصرافه الى شهر كما فى البحر (ومن باع نصيبه من دار يجوز) البيع (ان علمه) اى النصيب منها (المتعاقدان) علم مقدار نصيبه شرط عند الامام لان الجهالة تفضى الى المنازعة فلا يجوز (خلافا لابى يوسف) فان عنده يجوز مطلقا سواء علما اولا لانهما رضيا بالجهالة فلا يفضى الى المنازعة (ويكفى علم المشترى عند محمد) لان جهالة المبيع تضره لا البائع فيشترط علمه وكذا شراء الدار بفنائها فاسد عند الامام لجهالة المقدار خلافا لابى يوسف

﴿ فصل ﴾

لماذكرالبيع الفاسد والباطل ذكر حكمهما عقيبهما لان حكم الشئ اثره واثرالشئ يتبعه وجودا وكذا يتبعه ذكراالمناسبة (قبض المشترى المبيع بيعا باطلا باذن بايعه لايملكه)لانعدام الركن وهومبادلة المال بالمال والمبيع الباطل لايعد مالا وفى الفرائد ان قوله قبض لو قرئ على لفظ الفعل المبنى للفاعل يلزم ان يكون حرف الشرط محذوفا تقديره ولو قبض و يكون قوله لايملكه جوابه والاحسن ان يقرأ مصدرا مرفوعا على الابتداء مضافا الى المشترى و يكون قوله لايملكه على صيغة مبنى للفاعل من التفعيل خبره والضمير البارز راجعا الى المشترى وفاعله المستكن فيه راجعا الى القبض انتهى لكن لايخ عن التعسف فيه والاولى قوله قوله يملكه جواب الشرط المحذوف بقرينة التقابل وهو قوله ولو قبض المبيع بيعا فاسداه تدبر (وهو) اى المبيع (امانة فى يده عند البعض) فلا يضمن لوهلك فى يد المشترى لان العقد غير معتبر فبقى القبض باذن المالك فيكون امانة فى يده (ومضمون عند البعض)الآخر لانه ليس ادنى حالا من المقبوض على سوم الشراء (وقيل الاول) اى كونه امانة (قول الامام والثانى) اى كونه مضمونا (قولهما اخذا) اى اخذ صاحب القيل كون الاول قوله والثانى قولهما (من الاختلاف فيما لو بيع مدبر اوام ولد فمات فى يد مشتريه حيث لايضمن عنده خلافا لهما) ففهم صاحب القيل ان كل مبيع بيعا باطلا فهو على هذا الخلاف فقال الاول قوله والثانى قولهما (ولو قبض المبيع بيعا فاسدا باذن بايعه صريحا) كقبض المشترى المبيع بامره فى المجلس او بعده على الرواية المشهورة (اودلالة كقبضه فى مجلس عقده)ولم ينهه البايع عنه قبل الافتراق (وكل) اى والحال ان كل واحد (من) المبيع والثمن (عوضيه) اى البيع (مال) خرج بهذا القيد البيع الباطل ولاشك ان الباطل خرج اولا فى البيع الفاسد فلاحاجة الى اخراجه ثانيا وقال صاحب البحر اللهم الا ان يقال ان بعض البيوع الباطلة اطلقوا عليها اسم الفاسد فربما يتوهم ان المبيع فيها يملك بالقبض فصرح بما يخرجها انتهى لكن هذا يكون جوابا لما وقع فى الكنز ولايكون جوابا لما فى هذا المتن لان المص بين اولا حكم البيع الباطل ثم شرع فى بيان حكم الفاسد فلايقال هنا ان المراد بالفاسد ماهو الباطل اواعم بل هو مستدرك تدبر (ملكه) اى المقبوض بالبيع الفاسد وقال الشافعى البيع الفاسد لايفيد الملك بالقبض قيد به لانه بدون القبض لايفيد الملك اتفاقا لان السبب ضعيف لايفيد الملك اذالم يتقو بالقبض كالهبة وقيد باذن البايع لان القبض لولم يكن باذنه لايفيد الملك

اتفاقا وانمــا ذكر الاذن دون الرضى لانه لايشــترط فى بعض افراده كبيع المكره كما لايخفى وللشافعى انه بيع محظور فلايكون سببا للملك الذى هو نعمة ولنا ان البيع الفاسد مشروع باصله لانه مبادلة مال بمال فيفيد الملك بهذا الاعتبار (ولزمه) اى المشــترى بوا والاعتراض لاالعطف على ملكه كما فى القهستانى (لهلاكه) اى وقت هلاك المبيع فى يد المشــترى (مثله) اى المبيع (حقيقة) اى صورة ومعنى فى ذوات الامثــال كالكيلى والوزنى (او) مثــله (معنى) اى قيمة (فى القيمى) كالحيوان والعرض وفيه اشارة الى ان المبيع لوكان موجودا رد بعينه والى ان العبرة للقيمــة يوم القبض والى انه ملكه بقيمته ولوازدادت قيمتــه فى يده فاتلفه لم يتغير كالغصب وعند محمد يوم الاســتهلاك لانه بالاتلاف يتقرر عليه قيمته فتعتبر قيمتــه الا اذا زادت من حيث العين لا السعر فانه يوافق الشيخين فالقول فى القيمة للمشترى مع يمينه لكونه منكرا الضمان والبينة للبايع (ولكل منهمــا فسخه قبل القبض) اى لكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ قبل قبض المشترى مادام المبيع فى ملكه بلا علم الصاحب على ماقال ابو يوســف وانما عنــدهما علمه كما فى الفصولين لكن فى الكافى انه شرط عندهم والاولى فى مكان اللام كلمة عــلى فان اعدام الفساد واجب حقا للشرع كما فى القهســتانى فعلى هذا قال الزيلعى ان اللام بمعنى عــلى انتهى لكن لاحاجة اليه لانه حكم آخر وانما مراده بيان ان لكل منهمــا ولاية الفسخ دفعا لتوهم انه ملك بالقبض تأمل (وبعــده) اى بعد القبض (مادام المبيع) (فى ملك المشترى اذا كان الفســاد فى صلب العقد كبيع درهم بدرهمين) اى ينفرد احدهما بالفسخ ايضا لقوة الفساد (وان كان) الفساد (لشرط زائد كشرط ان يهدى له هدية) مثلا (فكذا) ينفرد كل بالفسخ (قبــل القبض) وعلى ماحققناه اندفع ماقيل من ان كلامه فيما بعد القبض لان حكم ماقبل القبض مر آنفا فلاوجه لقوله فكــذا قبــل القبض تدبر (واما بعده فالفسخ لمن له الشرط) بحضرة صاحبه ولايشترط فيه قضاء القاضى (لا لمن عليــه الشرط) وهذا عنــد محمد لان العقد قوى والفســاد ضــعيف فمن له منفعة الشرط يقدر ان يســقط شرط الهــدية فيبقى العقد صحيحا لرفع المفســد فاذا فسخ من عليــه المنفعة فقد بطل حق الغير وعند الشيخين لكل واحد من العاقدين الفسخ حقــا للشرع لاحقا لهما ولاحقا لاحدهما حيث رضيــا بالعقد كما فى اكثر المعتبرات فعلى هذا ان ذكر المص هذه المســئلة فى صورة الاتفاق لايخلو عن ركاكة بل يلزم التفصــيل تأمل (ولايأخذه) اى المبيع (البايع) بعد الفسخ (حتى يرد ثمنه) اى ثمن المبيع الى المشترى لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن (فان مات البايع) بعد فسخ البيع (فالمشــترى احق به) اى بحبس مااشتراه (حتى يأخذ

ثمنه) فليس للورثة ولا للغرماء حبس الثمن حتى يأخذ المبيع ذكر الثمن مقام القيمة لانعدام الفساد بالفسخ ولا يدخل المبيع فى قسمة غرماء البايع لان المشترى مقدم حال حيوته وكذا يقدم بعد وفاته على التجهيز والغرماء فيأخذ المشترى دراهم الثمن بعينها لو قائمة و يأخذ مثلها لو هالكة ولو مات المشترى فالبايع احق من سائر الغرماء (وطاب للبايع ربح عنه) من دراهم المبيع او دنانيره (بعد التقابض) اى اشتراك البايع والمشترى فى قبض المبيع والثمن لتملكه ولم يطب قبله لعدم تملكه (لا) اى يطيب (للمشترى ربح مبيعه فيتصدق) المشترى (به) اى بالربح وجوبا والفرق ان المبيع مما يتعين فتعلق العقد به فيتمكن الخبث فيه والنقد لا يتعين فى العقود فلم يتعلق العقد الثانى بعينه فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصدق وهذا فى الخبث الذى سببه فساد الملك اما الخبث بعدم الملك كالغصب عند الطرفين يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه تتعلق به سلامة المبيع او تقديرا لثمن وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة والشبهة هى المعتبرة دون النازل عنها وقال ابو يوسف يطيب له الربح مطلقا لان عنده شرط الطيب الضمان وقد وجد وعند زفر والشافعى لا يطيب فى الكل كما فى الهداية وغيرها وقال صدر الشريعة فان قيل ذكر فى الهداية فى المسئلة السابقة ثم اذا كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها المشترى بعينها لانها تتعين بالتعيين فى البيع الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب فهذا يناقض ماقلتم من عدم تعيين الدراهم قلنا يمكن التوفيق بينهما بان لهذا العقد شبهتين شبهة الغصب وشبهة البيع فاذا كانت قائمة اعتبر شبهة الغصب سعيا فى رفع العقد الفاسد واذا لم تكن قائمة فاشترى بها شيئا تعتبر شبهة البيع حتى لا يسرى الفساد الى بدله كما ذكرنا من شبهة الشبهة انتهى وفى الدرر ان ما ذكره صدر الشريعة لا يفيد التوفيق بين كلامى الهداية وانما يفيد دليلا للمسئلة لا يرد على الهداية فالوجه ماقال فى العناية انه انما يستقيم على الرواية الصحيحة وهى انها لا تتعين الا على الاصح وهى مامر انها تتعين فى البيع الفاسد انتهى لكن يمكن الدفع بوجه آخر بان المراد فى العقود العقود الصحيحة لان المطلق ينصرف الى الكامل فحينئذ عدم التعيين سواء كان فى المغصوب او ثمن المبيع بالبيع الفاسد انما هو فى العقد الثانى فلا يضر تعينه فى الاول فعلى هذا ينبغى ان يكون جواب صاحب العناية بلا حصر تدبر وفى الفوائد كلام صدر الشريعة يفيد دفع التناقض لان حاصل التناقض ان صاحب الهداية قال فيما سبق الثمن فى البيع الفاسد يتعين بالتعيين وفى هذه المسئلة لا يتعين وحاصل الدفع ان التعين بالتعيين فى حالة قيام الثمن وعدم التعين

فى حالة عدمه ولايتحقق التناقض الااذا اتحد الجهتــان انتهى هذا وجه لكنه خلاف ماصر حوابه لانهم قالوا ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لانها تتعين بالتعيين على رواية ابى سليمــان وهوالاصح وفى رواية ابى حفص لاتتعين كما فى العناية وغيرهافبهذاعلم انهذا التوجيه ليس بدافع تدبر (كما طاب ربح مال ادعاه فقضى) اى قضى المدعى عليــه ذلك المــال (ثم تصــادقا) اى المدعى والمدعى عليــه (على عدمه) اى عدم وجوب المال المدعى (فرد) المــال (بعد مار بح فيه المدعى)لان المــال المؤدى يكون بدل الدين الذى هو حق المدعى باقرار المدعى عليــه اذالمرء يؤاخذ باقراره حكمافيصير المدعى بايعا دينه بما اخذ فاذا تصادقا على عدم الدين صار المدعى كانه استحق الدين فيلزم انيكون الدين ملكا بالبيع الفاســد لان المبيع هنا فاســد فى حق البدل وهو غير قائمة فلايؤثره الخبث فيمــا لايتعيــين (فان باع المشــترى ماشراه شراء فاســدا صح) بيعه لانه بيع مادخل فى ملكه بالقبض فينفذ فيــه تصرفه قيد صــاحب التنو ير ببيعا باتا صحيحا ولغير بايعه لانه لوباعه فاسدا لايمنع النقض كالبيع الذى فيه الخيارلانه ليس بلازم ولانه لو باعه من باعه كان نقضــاللبيع هذا فى العقد الذى فساده ليس بالاكراه لانه لو كان فاسدا بالاكراه فانتصرفات المشــترى كلهــا تنتقض وقيدالمص بالشراء الفاسد احتراز عن الاجارة الفاسدة لما فى جامع الفصولين قيل ليس للمســتأجر فاســدا ان يواجره من غيره اجارة صحيحة وقيل يملكها بعد قبضــه كمشترفاســداله البيع جائزا وهو الصحيح لان للمواجر الاول نقض الثانية لانها تفسخ بالاعذار (وكذا لواعتق) اى اعتق المشــترى شراء فاســدا العبد بعد قبضه صح وكان الولاء له وكذا توابع الاعتــاق من التــدبير والاستيلاد والكتابة الاانه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب(اووهبه وسلمه) اى اذا وهبه المشــترى وسلمه ارتفع الفســاد وصح (وسقط) بكل من البيــع والاعتاق والهبــة بالتســليم(حق الفسخ)الذى كان للبايع لان المشــترى ملك المبيع بالقبض فنفذ فيه تصرفاته المذكورة و ينقطع به حق البايع فى الاسترداد لانه تعلق به حق العبد والفسخ لحق الشر ع وما اجتمع حق الله وحق العبد الا وقد غلب حق العبد لحاجته وغناء الله تعالى (وعليه) اى على المشترى (قيمته) لمامر انه مضمون بالقبض والرهن كالبيــع لانه لازم فيثبت عجزه عن رد العــين فتلزمه القيمــة الاانه يعود حق الاسترداد بفكه وكذالواوصى بالمبيع المشــترى ثم مات سقط الفسخ فتلزمه القيمة (ولو بنى) المشــترى (فى دار اشتراها فاسدا اوغرس فيها فعليه قيمتها) اى قيمة الدار والارض و ينقطع حق الاســترداد عنــد الامام رواه يعقوب عنــه فى الجامع الصغير ثم شــك بعد ذلك فى رواية

(وقالا ينقض) المشترى (البناء والغرس) و يرد الدار والغرس على هذا الاختلاف لهما ان حق الشفيع اضعف من حق البايع حتى يحتاج فيه الى القضاء و يبطل بالتأخير بخلاف حق البايع ثم اضعف الحقين لايبطل بالبناء فاقواهما اولى وله ان البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البايع فينقطع حق الاسترداد كالبيع بخلاق حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لايبطل بهبة المشترى و بيعه فكذا ببنائه (وشك ابو يوسف فى روايته لمحمد عن الامام لزوم قيمتها) اى قيمة الدار (ولم يشك محمد) فى روايته له عن الامام لزوم قيمتها وهذه المسئلة من المسائل التى انكر ابو يوسف روايتها عن الامام وقد نص محمد على الاختلاف فى كتاب الشفعة فان حق الشفعة مبنى على انقطاع حق البايع بالبناء وثبوته على الاختلاف وفى الفصولين ولو وقفه اوجعله مسجدا لايبطل حقه مالم يبن وفى البحر ينبغى ان يحمل على ماقبل القضاء به واما اذاقضى به فانه يرتفع الفساد للزومه والظاهر ان مافى الفصولين تبعا للعمادى ليس بصحيح فقدقال الخصاف لواشترى ارضا بيعا فاسدا وقبضها ووقفها وقفا صحيحا وجعل اجرها للساكين فقال الوقف فيها جائز وعليه قيمتها للبايع انتهى لكن قال قاضيخان لو باع ارضا بيعا فاسدا فجعله المشترى مسجدا لايبطل حق الفسخ مالم يبن فى ظاهر الرواية فان بناه بطل فى قول الامام وغرس الاشجار بمنزلة البناء وكذا لووقفها لايبطل حق الفسخ مالم يبن انتهى فعلى هذا ان مافى الفصولين على الرواية الظاهرة وماقاله الخصاف على غيرها وماقاله صاحب البحر من انه ليس بصحيح غير صحيح تدبر قيل لما كان المكروه ادنى درجة من الفاسد ولكنه شعبة من شعبه الحق بالفاسد واخره عنه فقال (وكره النجش) بفتحتين و بسكون الجيم ايضا ان يزيد الثمن باكثر من ثمن المثل ولا يريد الشراء لترغيب غيره و يجرى فى النكاح وغيره لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم لاتنا جشوا اى لاتفعلوا ذلك وانما قيدنا باكثر من ثمن المثل لان المشترى اذاطلب باقل من ثمن المثل فلابأس ان يزيد الآخر فى الثمن الى ان يبلغ ثمن المثل وان لم يرد الشراء (و) كره (السوم) اى الاستشراء بثمن كثير (على سوم غيره) اى استشراء غيره بثمن قليل (اذارضيا) ظرف السوم (بثمن) معلوم ولم يبق بينهما الا العقد لقوله عليه السلام لايستام الرجل على سوم اخيه ولايخطب على خطبة اخيه وهو نفى فى معنى النهى فيفيد المشروعية قيد بقوله اذارضيا لانهما اذالم يتراضيا فلايكره لانه بيع من يزيد (و) كره (تلقى الجلب) اى استقبال من فى المصر جلبا بفتحتين اوالسكون اى مجلوبا من طعام اوحيوان اوغيره (المضر) صفة

التلق (باهل البلد) للنهي عنه واما اذالم يضر باهل البلدة بان لم يكونوا محتاجين اليه فلا بأس به الا اذا لبس سعر البلد على الواردين فاشترى منهم بارخص منه فانه يكره (و) كره (بيع الحاضر للبادى طمعا فى غلاء الثمن زمن القحط) اى يكره بيع البلدى من البدوى فى زمان القحط علفه وطعامه طمعا فى ثمن متجاوز الحد لقوله عليه السلام لا يبيع الحاضر للبادى وللضرر باهل البلد وايضا يكره بيع البلدى لاجل البدوى فى البلد كالسمسار فيغالى السعر على الناس ولو تركه و باعه بنفسه للزم الرخصة فى السعر ولم يقع اهل البلد فى العسر اللام فى للبادى اما بمعنى التمليك او بمعنى الاجل فهذا صور بوجهين قيد بقوله فى زمن القحط لانه فى ارخص غير مكروه (والبيع عند اذان الجمعة) لقوله تعالى وذروا البيع ولان فيه اخلالا بواجب السعى اذا قعدا للبيع او وقفاله واطلقه فشمل ما اذا تبايعا وهما يمشيان اليها ومافى النهاية من عدم الكراهة مشكل لاطلاق الآية ثم المعتبر هو النداء الاول اذا وقع بعد الزوال على المختار (لا) يكره (بيع من يزيد) هذا تصريح لما علم ضمنا لانه يفهم من قوله وكره السوم على سوم غيره اذا رضيا بثمن فاذا لم يتراضيا فلا كما مر آنفا (وصح البيع فى الجميع) اى فى جميع ماذكر من قوله وكره النجش الى هنا لان الكراهة لا تمنع الانعقاد (ومن ملك المملوكين صغيرين اوكبيرا) احدهما (وصغيرا) آخر اللذين (احدهما) مبتدأ خبره (ذو رحم محرم من الآخر) والجملة صفة لمملوكين (كره له ان يفرق) بينهما قبل البلوغ بالبيع والهبة ونحوها والاصل فيه قوله عليه السلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه و بين احبته يوم القيمة ووهب النبي عليه السلام لعلى رضى الله عنه غلامين اخوين صغيرين ثم قال له مافعلت بالغلامين فقال بعت احدهما فقال ادرك ادرك و يروى اردد اردد ولان الصغير يستأنس بالصغير و بالكبير والكبير يتعاهده فكان فى بيع احدهما قطع الاستيناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد اوعد عليه ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لان النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده ولا بد من اجتماعهما فى ملكه حتى لو كان احد الصغيرين له والآخر لغيره لا بأس ببيع واحد منهما (بدون حق مستحق) اى لو كان التفريق بحق مستحق عليه لا بأس به كدفع احدهما بالجناية و بيعه بالدين ورده بالعيب لان المنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به كما فى الهداية (و يصح البيع) هنا ايضا لان النهى لمعنى فى غيره وهو مافيه من ايحاش الصغير فلا يوجب الفساد لكن يأثم البايع لارتكابه

النهى (خلافا لابى يوسف فى قرابة الولاد) حيث قال يفسد البيع فيها ويجوز فى غيرها (فى رواية) عنه (و) يفسد (فى الجميع فى رواية اخرى) و به قال زفر والائمة الثلثة لان الامر بالادراك والرد لايكون الا فى البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله فينفذ والنهى لمعنى مجاور له غير متصل به فلا يوجب الفساد (فان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق) لان النص ورد على خلاف القياس فى القرابة المحرمة للنكاح فى الصغير فلا يلحق به غيره و" فى الجوهرة وكما يكره من التفريق بالبيع يكره فى القسمة فى الميراث والغنائم هذا كله اذا كان المالك مسلما واما اذا كان كافرا فلا يكره

باب الاقالة

الخلاص عن خبث البيع الفاسد والمكروه لما كان بالفسخ كان للاقالة تعلق خاص بهما فاعقب ذكرها اياهما وهى لغة الرفع مطلقا من القيل لامن القول والهمزة للسلب كما ذهب اليه البعض بدليل قلت البيع بكسر القاف وهى جائز لقوله عليه السلام من اقال نادما بيعته اقاله الله عثراته يوم القيامة ولان العقد حقهما وكل ما هو حقهما يملكان رفعه بحاجتهما كما فى العناية وشرعا رفع عقد البيع غير السلم فانه ليس بفسخ (تصح) الاقالة (بلفظين احدهما مستقبل) هذا بيان ركنهما وهو الايجاب والقبول الدالان عليها وشرط ان يكونا بلفظين ماضيين او احدهما بمستقبل والآخر بماض كاقلنى فقد اقلتك عند الشيخين كالنكاح (خلافا لمحمد) فان عنده يشترط ان يعبر بهما عن المضى كالبيع وفى الخانية ذكر مع قول محمد قول الامام حيث قال ولا تصح الاقالة بلفظ الامر فى قولهما لكن فى الجوهرة وغيرها جعلوا قول الامام مع ابى يوسف فلهذا عول عليه المص فى المتن (وتتوقف) الاقالة (على القبول فى المجلس) فكما يصح قبولها فى مجلسها نصا بالقول يصح قبولها دلالة بالفعل كما فى اكثر الكتب فعلى هذا لو قال ولو فعلا كما فى التنوير لكان اولى تدبر (كالبيع) حتى لو قبل الآخر بعد زوال المجلس او بعد ما صدر عنه فيه ما يدل على الاعراض كما سبق فى البيع لاتتم الاقالة (وهى) اى الاقالة (بيع جديد فى حق غير العاقدين اجماعا) فيجب بالاقالة الاستبراء فى الجارية لو كان المبيع جارية وتقايلا فانه حق الله تعالى لانها بيع جديد فى حق غيرهما وهو الله تعالى وتجب الشفعة فى العقار لكونها بيعا جديدا فى حق غيرهما وهو الشفيع و يجب التقابض لو كان السابق صرفا ولاتسقط الزكوة اذا اشترى بعروض التجارة عبدا للخدمة بعد الحول ثم رد بالبيع بغير قضاء فاسترد العروض فهلكت فى يده فانه بيع

فى حق الفقير كما فى القهستانى وزاد صاحب المنح اذا باع المشترى المبيع من آخر ثم تقايلا ثم اطلع على عيب كان فى يد البايع فاراد ان يرده على البايع ليس له ذلك لانه بيع فى حقه كأنه اشتراه من المشترى منه وكذا اذا كان موهوبا فباعه الموهوب له ثم تقايلا ليس للواهب ان يرجع فى هبته لان الموهوب له فى حق الواهب كالمشترى من يد المشترى منه واذا اشترى شيئا فقبضه ولم ينقد الثمن حتى باعه من آخر ثم تقايلا وعاد الى المشترى فاشتراه منه قبل نقد ثمنه باقل من الثمن جاز وكان فى حق البايع كالمملوك بشراء جديد من المشترى الثانى (وفى حقهما) اى حق العاقدين (بعد القبض فسخ) للعقد ان امكن عند الامام لانها تنبئ عن الفسخ والرفع والاصل فى الكلام ان يحمل على حقيقته فلا يحمل على البيع لانه ضدها اذ هى عبارة عن الرفع والازالة والبيع عن الاثبات فتعين البطلان فى الحمل على البيع واما كونها بيعا فى حق غيرهما فضرورى اذ يثبت به حكم البيع وهو الملك فيلزمه الثمن الاول جنسا ووصفا وقدرا ويبطل ما شرطه من الزيادة والنقصان والتأجيل ولا يبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع ويصح ان يبيع منه قبل استرداد المبيع ولو كانت بيعا لبطل ويصح استرداد المبيع بلا اعادة الكيل والوزن وجازهبة المبيع منه بعد الاقالة قبل القبض (فاذا تعذر جعلها فسخا) بان زادت المبيعة بعد القبض زيادة منفصلة او هلك المبيع فى غير المقايضة (بطلت) الاقالة عنده لتعذر الفسخ هذا اذا تقايلا بعد القبض وان كانت قبل القبض فهى فسخ فى حق الكل فى غير العقار (وعند ابى يوسف) والشافعى فى القديم ومالك (هى بيع) فى حق المتعاقدين فلو زادت المبيعة بعد القبض زيادة منفصلة تجوز الاقالة عنده لانها تمليك من الجانبين لعوض مالى وهو البيع والعبرة للمعانى دون الالفاظ المجردة (فان تعذر) جعلها بيعا بان كانت قبل القبض فى المنقول او كانت بعد هلاك احد العوضين فى المقايضة (فسخ) لانها موضوعة له او يحتمله (فان تعذر) جعلها فسخا وبيعا بان كانت قبل القبض فى المنقول باكثر الثمن الاول او باقل منه او بجنس آخر او بعد هلاك السلعة فى غير المقايضة (بطلت) الاقالة عنده ويبقى البيع الاول على حاله لان بيع المنقول قبل القبض لا يجوز والفسخ يكون بالثمن الاول وقد سميا خلافه (وعند محمد) والشافعى فى الجديد وزفر (فسخ) ان كانت بالثمن الاول او باقل لان اللفظ موضوع للفسخ والرفع يقال اللهم اقلنى عثراتى فيعمل بمقتضاه (فان تعذر) جعلها فسخا بان تقايلا بعد القبض بالثمن الاول بعد الزيادة المنفصلة او تقايلا بعد القبض بخلاف جنس الاول (فبيع) حملا على محتمله ولهذا صار بيعا فى حق غيرهما لعدم

ولا يتهماعليه (فان تعذر) جعلهـا بيعا وفسخا بان تقايلا في المنقول قبـل القبض علـى خـلاف جنس الاول (بطـلت) الاقالة ويبقى البيع الاول عـلى حاله لان الفسخ لايكون على خلاف الثمن الاول والبيع لايجوز قبل القبض وبالاقل من الثمن ويكون فسخـا عنـده بالثمن الاول لانه سـكوت عن بعض الثمن وهو لو سـكت عن الكل كان فسخا فكذا اذا سكت عن البعض وفي النهاية الخلاف فيما ذكر الفسخ بلفظ الاقالة ولو ذكره بلفظ المفاسخة او المتاركة او الرد لايجعل بيعا اتفـاقا اعمالا بمقتضى موضوعه اللغوى (و) الاقالة (قبـل القبض فسخ في النقلى وغيره) اى في المنقول والعقار عند الطرفين وعند ابى يوسف في العقار بيع جـديد اذ لامانع في جعلهـا بيعا فيه وهى تمليك من الجانبين كما مر ثم ذكر بعض الفروع بقوله (فلو شرط فيهـا) اى الاقالة (اكـثر من الثمن الاول او خلاف الجنس بطل الشرط ولزم الثمن الاول) عند الامام لان الاقالة فسخ وهو لايكون الاعلى الثمن الاول فيصير ذلك الشرط فاسـدا ولغوا دون الاقالة لما مر ان الاقالة لاتفسـد بالشرط الفاسـد بخلاف البيع وقال صاحب المنح وتصح الاقالة بمثل الثمن الاول وتصح بالسـكوت عن الثمن الاول ويجب الثمن الاول بلا خلاف الا اذا باع المتولى او الوصى للوقف او للصغير شيئا باكثر من قيمته او اشـتريا شيئا للوقف او للصغير حيث لاتجوز اقالته وان كانت بمثل الثمن الاول رعاية لجانب الوقف وحق الصـغير (وعندهما يصح الشرط لو كانت) الاقالة (بعد القبض وتجعل) الاقاله (بيعا) جديدا لان الاصـل هو البيع عند ابى يوسـف وعند محمد ان تعذر الفسخ فجعلها بيعا ممكن فاذ ازاد او شرط خلاف الجنس كان قاصـدا البيع (وان شرط اقل) من الثمن الاول (من غير تعيب) عند المشترى (لزم) الثمن (الاول ايضـا) عند الطرفين (وعند ابى يوسـف تجعل بيعا ويصح الشرط) لان البيع هو الاصل عنده (وان تعيب) المبيع عند المشترى وشرط اقل من الثمن الاول بناء عـلى العيب صح الشرط اتفاقا فيجوز الاقالة باقل من الثمن الاول فيجعل الحط بازاء مافات بالعيب (ولا تصح) الاقالة (بعد ولادة المبيعة) عند الامام لما مر ان المبيعة اذا زادت زيادة منفصلة تكون الاقالة باطلة عنده اما المنفصـلة قبل القبض والمتصلة بعد القبض فلا تمنع الاقالة عنده (خلالهما) لان البيع هو الاصل عند ابى يوسـف وعند محمد الاصـل اذا تعذر جعلها فسخا تجعل بيعا (ولا يمنعهـا) اى الاقالة (هـلاك الثمن بل) يمنعها (هلاك المبيع) لانها رفع البيع والاصـل فيه المبيع ولهذا اذا هلك المبيع قبل القبض يبطل البيع بخـلاف هلاك الثمن (وهلاك بعضـه) اى بعض المبيع (يمنع) الاقالة (بقـدره) اعتبارا للبعض بالكل وفي التنوير

واذا هلك احد البدلين في المقاوضة صحت الاقالة في الباقي منها وعلى المشترى قيمة الهالك ان قيميا ومثله ان مثليا تقايلا فابق العبد من يد المشترى وعجز عن تسليمه تبطل وان اشترى عبد فقطعت يده واخذ ارشها ثم تقايلا صحت الاقالة ولزمه جميع الثمن ولا شئ للبايع من ارش اليد اذا علم وقت الاقالة وان لم يعلم يخير بين الاخذ بجميع الثمن وبين الترك وتصح اقالة الاقالة فلو تقايلا المبيع ثم تقايلا ها اى الاقالة ار تفعت وعاد عقد ا م قالة لا اقالة السلم فانه لايصح

باب المرابحة والتولية

لما فرغ مما يتعلق بالاصل وهو المبيع من البيوع اللازمة وغير اللازمة ومايرفعها شرع في بيان الانواع التى تتعلق بالثمن بالمرابحة والتولية وغيرهما (المرابحة بيع ما شراه) وفي الدرر بيع ما ملكه لم يقل بيع المشترى ليتناول ما اذا ضاع المغصوب عند الغاصب وضمن قيمته ثم وجده حيث جاز له ان يبيعه مرابحة وتولية على ماضمن وان لم يكن فيه شرى (بما شراه به) اى بمثل ماقام عليه كما في الدرر ثم قال ولم يقل بثمنه الاول لان مايأخذه من المشترى ليس بثمنه الاول بل مثله فبهذا علم ان في عبارة المص تسامحا (وزيادة) على ماقام عليه وان لم يكن من جنسه وسبب جواز البيع مرابحة تعامل الناس بلا نكير واحتياج الغبي الى الذكى مع ان الغرض من المبيعات الاسترباح (والتولية) مصدرولى غيره اذا جعله واليا وفي الشرع (بيعه) اى بيع ماملكه (به) اى بمثل ماقام عليه وفي عبارة المص تسامح ايضا لان ماشراه وهو الثمن الاول صار ملكا للبايع فلا يمكن البيع به وفيه ايضا اشتباه لما سيجئ من ان اجرة الصبغ وغيره تضم الى الثمن الاول فلايكون الثانى مثلا له في المقدار فيكون المراد بمثل الثمن الاول بماقام عليه كما في شرح المجمع فعلى هذا لوقال المص ح قال صاحب الدرر لكان اولى فلا يحتاج الى هذا التكلف تدبر (بلا زيادة ولا نقص) والمراد بقوله بيعه بيع العرض لان المرابحة والتولية لاتجوز ان في بيع الصرف وعلة جواز البيع تولية ماروى ان ابابكر رضى الله عنه اشترى بعيرين فقال له النبى عليه السلام ولنى احدهما اى بعه بالتولية (والوضيعة بيعه بانقص منه) اى مما قام عليه مبناها على الامانة لان المشترى يأتمن البايع في خبره معتمدا على قوله فيجب على البايع التنزه عن الخيانة والتجنب عن الكذب لئلا يقع المشترى في غرور (ولايصح ذلك) اى كل من التولية والمرابحة والوضيعة (مالم يكن الثمن الاول مثليا) كالدرهم والدينار والكيلى والوزنى لانه لو لم يكن مثليا كاشياء متفاوتة كالحيوانات والجواهر يكون مرابحة بالقيمة وهى مجهولة لان معرفتها لايمكن

حقيقة فلايجوز بيعه مرابحة وتولية الااذا كان المشترى مرابحة ممن يملك ذلك البدل من البايع بسبب من الاسباب ومن ثمه قال (او كان فى ملك من يريد الشراء و) يكون (الربح معلوماً) لانتفاء الجهالة وعبارة المجمع لايصح ذلك حتى يكون العوض مثليا اومملوكا للمشترى والربح مثلي معلوم انتهى وفى البحر وتقييد الربح بالمثلى اتفاقى لجواز ان يرابح على عين قيمته مشار اليها ولذا قال فى الفتح او بربح هذا الثوب وقيد بكونه معلوما للاحتراز عما اذا باعه ده يازده اى بربح مقدار عشرة دراهم على اثنى عشرة دراهم فان كان الثمن الاول عشرين كان الربح درهمين وان كان ثلثين كان ثلثة دراهم لايجوز لانه باعه برأس المال وببعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال كما فى الهداية وغيرها (ويجوز ان يضم الى رأس المال اجرة القصارة والصبغ) سواء كان اسودا وغيره (والطراز) بكسر الطاء وبالراء المهملتين وآخره زاى معجمة علم الثوب (والفتل) بفتح الفاء مايصنع باطراف الثياب بحريرا وكتان (والحمل) اى اجرة حمل المبيع من مكان الى مكان برا او بحرا (وسوق الغنم والسمسار) لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس المال فى عادة التجار والاصل فيه ان كل ما يزيد فى المبيع او قيمته كالصبغ والحمل يلحق به ومالا فلا وقيد بالاجرة لانه لوفعل شيئا من ذلك بيده لا يضمه وكذا لوتطوع متطوع بهذه او باعارة وكذا يضم تجصيص الدار وطى البئر وكرى الانهار والقناة والمسناة والكراب وكسح الكروم وسقيها والزرع وغرس الاشجار وفى البحر نقلا عن المحيط يضم طعام المبيع الاما كان سرفا وزيادة فلايضم وكسوته وكراه واجرة المخزن الذى يوضع فيه واما اجرة السمسار والدلال فقال الزيلعى ان كانت مشروطة فى العقد تضم والا فاكثرهم على عدم الضم فى الاول ولاتضم اجرة الدلال بالاجماع انتهى وهو تسامح فان اجرة الاول تضم فى ظاهر الرواية وفى الدلال قيل لاتضم والمرجع العرف كما فى الفتح (لكن يقول) بعد ضم اجرة هذه الاشياء (قام على بكذا لا) يقول (شريته) بالاجماع حرزا عن الكذب وكذا اذاقوم الموروث ونحوه يقول ذلك وكذا اذارقم على الثوب شيئا وباعه برقمه فانه يقول برقمه كذا (ولايضم نفقته) اى نفقة نفسه اى البايع (ولا) يضم (اجرا لراعى والطبيب والمعلم وبيت الحفظ) لعدم العرف بالحاقه اطلق فى التعليم فشمل تعليم العبد صناعة اوقرآنا اوشعرا اوغناء اوعربية وفى المبسوط اضاف نفى ضم المنفق فى التعلم الى انه ليس فيه عرف ظاهر حتى لوكان فى ذلك عرف ظاهر يلحقه برأس المال كما فى الفتح ولذا لايلحق اجرة الرايض والبيطار والفداء فى الجناية وجعل الآبق لندرته والحجامة والختان لعدم العرف وكذا لايضم مهر العبد

ولا يحط مهر الامة لوزوجها والذى يؤخذ فى الطريق بطريق الظلم لايضم الافى موضع جرت به العادة (فان ظهر للمشترى خيانة) البايع (فى المرابحة اما بالبينة او باقرار البايع او بنكوله عن اليمين وهو المختار وقيل لايثبت الا باقراره (خير) المشترى (فى اخذه بكل ثمنه) وهو المسمى (اوتركه) اى المبيع ان امكن الترك (وان) ظهر الخيانة (فى التولية يحط) اى المشترى (من ثمنه قدر الخيانة) عند الامام (وهو) اى الحط (القياس فى الوضيعة) يعنى اذا خان خيانة ينفى الوضيعة اما اذا كانت خيانة يوجد الوضيعة معها فهو بالخيار وهذا قياس قول الامام لانه لو اعتبر ماسماه من الثمن لما بقى تولية لانه زائد على الثمن الاول فينقلب مرابحة بخلاف المرابحة لانه لو اعتبر فيه المسمى لايلزم الانقلاب بل مرابحة كما كانت فاعتبر المسمى مع الخيار فى خيانة المرابحة لفوت الرضاء ولم يعتبر فى خيانة التولية لئلا ينقلب مرابحة فتعين الحط فى خيانة التولية (وعند ابى يوسف يحط فيهما) اى فى المرابحة والتولية (قدر الخيانة مع حصتها) اى حصته الخيانة (من الربح) فى المرابحة مثلا اذا قال اشتريت هذا الثوب بعشرة فباعه مرابحة بخمسة عشر ثم ظهر ان البايع كان اشتراه بثمانية يحط قدر الخيانة وهو درهمان و يحط من الربح مايقابل قدر الخيانة وهو درهم واحد فيأخذ الثوب باثنى عشرة درهما اذ لفظ التولية والمرابحة اصل فيبتنى على العقد الاول ليتحقق الاصل الذى هو التولية والمرابحة (وعند محمد يخير) بين اخذه بكل الثمن وتركه (فيهما) اى فى المرابحة والتولية اذا لثمن المبتنى على شرائه مجهول والثمن المسمى معلوم والمعلوم اولى من المجهول فاعتبر فيهما المسمى الا انه يخير لما مر من عدم الرضى (فلوهلك) المبيع بعد ظهور الخيار فى المرابحة (قبل الرد) الى البايع (اوامتنع الفسخ) بحدوث مايمنع الرد (لزم كل الثمن) المسمى وسقط الخيار (اتفاقا) قال فى الهداية يلزم جميع الثمن فى الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لايقابله شئ من الثمن كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لانه مطالبة بتسليم الفائت فيسقط مايقابله عند عجزه انتهى وفى الكافى وعن محمد ان المشترى يرد قيمة المبيع و يرجع على البايع بثمن سلمه اليه بناء على اصله فى اقامة القيمة مقام المبيع فى التحالف انتهى فعلى هذا ان قوله اتفاقا ليس فى محله تدبر (ومن شرى شيئا بعشرة فباعه بخمسة عشر ثم شراه) هذا الثوب (ثانيا بعشرة يرابح على خمسة) يعنى يبيعه مرابحة على خمسة و يقول قام على بخمسة (وان شراه ثانيا بخمسة لايرابح) يعنى اذا استغرق الربح الثمن لايبيعه مرابحة اصلا عند الامام (وعندهما يرابح على الثمن الاخير مطلقا) سواء استغرق الربح الثمن كما فى الثانية اولا كما فى الاولى لان الاخير عقد

متجدد منقطع الاحكام عن الاول فيجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث بان باعه المشترى من اجنبى ثم باعه الاجنبي من البايع ثم اشتراه الاول منه فانه يبيعه مرابحة على الثمن الاخيروله ان شبهة حصول الربح الاول بالعقدالثانى ثابتة لانه يتأكد به بعد ماكان على شرف الزوال بالظهور على عيب والشبهة كالحقيقة فى بيع المرابحة احتياطا ولهذا لا تجوز المرابحة فيما اخذ بالصلح لشبهة الحطيطة فيه كما فى التبيين وفى البحر نقلا عن المحيط انماقاله الامام اوثق وماقالاه ارفق (وان اشترى مأذون مديون بعشرة و باع من سيده بخمسة عشر) (او بالعكس) بان اشترى المولى بعشرة مثلا و باعه من عبده المأذون المستغرق بالدين بخمسة عشر (يرابح) السيد فى الاولى والعبد فى الثانية (على عشرة) فيقول قام على بعشرة لان هذا العقد وان كان صحيحا فى نفسه فيه شبهة العدم لان العبد ملكه وما فى يده لايخلوعن حقه فاعتبر عدما فى حق المرابحة و بقى الاعتبار للبيع الاول فيصير كأن العبداشتراه للولى بعشرة فى الفصل الاول وكأنه يبيعه للمولى فى الفصل الثانى فيعتبر الثمن الاول والمكاتب كالمأذون لوجود التهمة بل كل من لاتقبل شهادته له كالاصول والفروع واحدالزوجين واحد المتفاوضين كذلك وخالفاه فيما عدا العبد والمكاتب وتقييده بالمديون اتفاقى ليعلم حكم غيره بالاولى لوجود ملك المولى فى اكسابه كما فى البحر وفيه كلام لان التقييد ليس باتفاقى بل لتحقق الشرى قال الفقيه ابو الليث فان كان العبد لادين عليه فالشراء الثانى باطل لان العبد اذا كان لادين عليه فماله لمولاه كما فى اكثر الكتب تدبر هذا اذا لم يبين اما ان بين انه اشتراه من عبده المأذون او من مكاتبه او بين انهما اشتريا من المولى يجوز بيعهم مرابحة كما فى النقاية فعلى هذا لوقال الا ان يبين لكان اولى (والمضارب بالنصف لوشرى) بمال المضاربة شيئا (بعشرة و باع من رب المال بخمسة عشر يرابح رب المال على اثنى عشر ونصف) فيقول قام على باثنى عشر ونصف هذا عندنا لان كل واحد منهما يستفيد ملك اليد بهذا العقد وان لم يستفد ملك الرقبة فيعتبر العقد مع شبهة العدم لان المضارب وكيل عن رب المال فى البيع الاول من وجه فجعل البيع الثانى عدما فى حق نصف الربح وعند زفر لايجوز بيع رب المال من المضارب ولا بيع المضارب منه لانعدام الربح لان الربح يحصل اذا بيع من الاجنبي اذالبيع تمليك مال بمال غيره وهو يشترى ماله بماله (و يرابح) من يريد المرابحة (بلا بيان) اى من غير بيان انه اشتراه سليما بكذا من الثمن فتعيب عنده اما بيان نفس العيب القائم به فلا بدمنه لئلا يكون غاشا له للحديث الصحيح من غش فليس منا كما فى البحر (لو اعورت المبيعة) بآفة سماوية او بصنع المبيعة (او وطئت وهى)

والحال انها (ثيب) ولم ينقصها الوطئ سواء كان الواطئ مولاها او غيره
ولذا اتى بصيغة المجهول (او اصاب الثوب قرض فأر) اى قطع فأر (وحرق
نار) لان جميع ما يقابله الثمن قائم اذ الفائت وصف فلا يقابله شئ من الثمن اذا فات
بلا صنعه ولذا لو فات في يد البايع قبل قبض المشترى لا يسقط باعتبار شئ
من الثمن الا ان المشترى بالخيار اخذه بكل الثمن او تركه وكذا منافع البضع
لا يقابلها الثمن وعند زفر وهو قول الشافعي ورواية عن ابي يوسف يجب
البيان لان النقصان في صورة الاعورار اما في صورة وطئ الثيب فلا خلاف
وقال ابو الليث وقول زفر اجود وبه نأخذ ورجحه في الفتح وعن محمد انه ان
نقصه قدر الايتغابن الناس فيه لا يبيعه مرابحة بلا بيان ودل كلامه انه لو نقص
بتغير السعر بامر الله لا يجب عليه ان يعين بالاولى انه اشتراه في حال غلائه وكذا
لو اصفر الثوب لطول مكثه او توسخ كما في البحر (وان فقئت عينها) بمباشرة
الغير سواء فقأها المولى او الاجنبي بامر المولى او بدونه (او وطئت وهي بكر)
سواء كان الواطئ مولاها او غيره (او تكسر الثوب من طيه ونشره لزم
البيان) اى يبيعه مرابحة بشرط ان يبين العيب حيث احتبس عنده جزء بعض
المبيع وهو العذرة والعين لان ازالة العذرة واخراج العين عند كونها في ملكه
فلا يملك بيع الباقي بكل الثمن مرابحة وتولية اذ الاوصاف اذا صارت مقصودة
بالاتلاف صار بها حصة من الثمن بلا خلاف اما اذا فقأها الاجنبي فيجب
البيان اخذ ارشها اولا لانه لما فقأ الاجنبي اوجب عليه ضمان الارش ووجوب
ضمان الارش سبب لاخذ الارش فاخذ حكمه فاوقع في الهداية من التقييد
بقوله واخذ المشترى ارشه اتفاقي كما في الفتح وانما قلنا بمباشرة الغير لانه اذا فقأ
بفعل نفس المبيع فهو بمنزلة مالو تعيب بآفة سماوية (وان اشترى بنسيئة ورابح
بلا بيان خير المشترى) اى من اشترى ثوبا بعشرة نسيئة وباعه بربح واحد حالا
ولم يبين ذلك فعلم المشترى خيانته يصير مخيرا ان شاء رده وان شاء قبله لان
للاجل شبها بالمبيع الاترى انه يزفى الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا ملحقة
بالحقيقة احتياطا فصار كأنه اشترى شيئين وباع احدهما مرابحة بثمنهما
(فان اتلفه) اى المشترى المبيع (ثم علم لزم كل ثمنه) المسمى اذ ليس له الا ولاية
الرد ولا رد مع الاتلاف ولو عبر بالتلف لكان اولى لان حكم الاتلاف يعلم من حكم
التلف بالاولى بخلاف العكس كما في البحر (وكذا التولية) يعني لو اشترى بنسيئة
ولاه بلا بيان ثم علم المشترى الخيانة خير لان الخيانة في التولية مثلها في المرابحة
لابتنائها على الثمن الاول كما في الفرائد وغيره لكن ينبغي ان يعود قوله وكذا التولية
الى جميع ما ذكره للمرابحة فلا بد من البيان في التولية ايضا كما في البحر

(ولو اشترى ثوبين بصفقة كلا بخمسة كره بيع احدهما مرابحة بلا بيان) اى من غير بيان انه اشتراه بخمسة مع ثوب آخر لان الجيد قد يضم الى الردى لترويجه وهذا عند الامام (وقالا لا يكره) قيد بثوبين لان المشترى لو كان مما يكال او يوزن او يعد يجوز بلا كراهة اتفاقا وقيد بقوله بصفقة لانه لو كانا بصفقتين يجوز ايضا اتفاقا وقيد بكلا بخمسة اذ لو بين ثمن كل واحد منهما لا يكره اتفاقا وقيد بخمسة لانه لو باعه بالزائد لا يجوز اتفاقا وقيد المرابحة ليس للاحتراز عن التولية لانها فى الحكم كذلك بل لانه لو باعه مطلقا لا يكره اتفاقا (ومن ولى) اى باع شيئا بالتولية (بما قام عليه) او بما اشتراه (ولم يعلم مشتريه قدره) بكم قام عليه فى المجلس (فسد) البيع لجهالة الثمن وكذا المرابحة (وان علمه) اى علم المشترى قدره فى المجلس (خير) بين اخذه وتركه لان الفساد لم يتقرر فاذا حصل العلم فى المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتأخير القبول الى آخر المجلس فان علم بعد التفرق يتقرر الفساد وفى التنوير لا رد بغبن فاحش فى ظاهر الرواية ويفتى بالرد ان غره والالا وتصرفه فى بعض المبيع غير مانع منه

فصل

فى بيان البيع قبل قبض المبيع والتصرف فى الثمن بالزيادة والنقصان وغير ذلك وجه ايراد الفصل ظاهر لان المسائل المذكورة فيه ليست من باب المرابحة ووجه ذكرها فى بابها للاستطراد باعتبار تقييدها بقيد زائد على البيع المجرد (لا يصح بيع المنقول قبل قبضه) لنهيه عليه السلام عن بيع ما لم يقبض ولان فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك بخلاف هبته والتصدق به واقراضه قبل القبض من غير البايع فانه صحيح عند محمد على الاصح خلافا لابى يوسف واما كتابة العبد المبيع قبل القبض موقوفة وللبايع حبسه بالثمن وان نقده نفذت كما فى التبيين ولا خصوصية لها بل كل عقد يقبل النقض فهو موقوف واما تزويج الجارية المبيعة قبل قبضها فجائز بدليل صحة تزويج الابق واما الوصية به قبل القبض فصحيحة اتفاقا واطلاق البيع شامل للاجارة والصلح لانه بيع وقيد بالمنقول لانه لو كان مهرا او ميراثا او بدل الخلع او العتق عن مال او بدل الصلح عن دم العمد يجوز بيعه قبل القبض بالاتفاق والاصل ان كل عوض ملك بعقد ينفسخ بهلاكه قبل قبضه فالتصرف فيه غير جائز وما لا فجائز كما فى البحر (ويصح فى العقار) اى يصح بيع عقار لا يخشى هلاكه قبل قبضه عند الشيخين (خلافا لمحمد) وهو قول زفر والشافعى عملا باطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول ولهما ان ركن البيع صدر عن اهله فى محله ولا غرر فيه لان الهلاك

بالعقار نادر حتى اذا تصور هلاكه قبل القبض لايجوز بيعه بان كان على شط النهر اوكان المبيع علوا فعلى هذا لوقيد بلا يخشى هلاكه قبل القبض كما قيدنا لكان اولى تدبر بخلاف المنقول والغرر المنهى غرر انفساخ العقد والحديث معلول به عملا بدلائل الجواز وانما عبر بالصحة دون النفاذ واللزوم لان النفاذ واللزوم موقوفان على نقد الثمن اورضاء البايع والافللبايع ابطاله بخلاف مالايقبل النقض كالعتق والتدبير والاستيلاد كما فى البحر (ومن اشترى كيليا كيلا) اى بشرط الكيل (لايجوزله) اى للمشترى (بيعه ولا اكله حتى يكيله) ثانيا لقوله عليه السلام اذا ابتعت فاكتل واذا بعت فكل ولاحتمال الغلط فى الكيل الاول اذربما ينقص اويزيد فالزيادة للبايع فيصير التصرف فى مال الغير حراما فيجب الاحتراز لكونه ربويا بخلاف ما اذا اشترى مجازفة لان الكل له ولم يذكر فساد البيع ونص فى الجامع الصغير على فساده وفى الفتح نقلا عن الجامع الصغير لواكله وقد قبضه بلا كيل لايقال انه اكله حراما لانه اكل ملك نفسه الا انه اثم لترك ما امر به من الكيل وكان هذا الكلام اصلا فى سائر المبيعات بيعا فاسدا اذا قبضها فملكها فاكلها وقدم تقدم انه لايحل اكل ما اشتراه فاسدا وهذا يبين ان ليس كل مالايحل اكله اذا اكله ان يقال فيه اكل حراما (وكفى كيل البايع بعد العقد بحضرته) اى بحضرة المشترى لان المبيع صار معلوما به وتحقق التسليم (وهو الصحيح) رد لما قيل شرط كيلان كيل البايع بعد العقد بحضرة المشترى وكيل المشترى قبل التصرف فيه قيد بعد العقد وبحضرة المشترى لانه اذا كاله قبل العقد مطلقا وبعده فى غيبة المشترى لا يكون كافيا كما فى البحر (ومثله) اى مثل الكيلى (الوزنى والعددى) غير الدراهم والدنانير اى لايبيعه ولايأكله حتى يزنه اويعده ثانيا ويكفى ان وزنه اوعده بعد البيع بحضرة المشترى وفى المجتبى لواشترى المعدود عدا كالموزون لحرمة الزيادة عليه هذا عند الامام فى اظهر الروايتين وعنه انه كالمذروع وهو قولهما لانه ليس من الربويات فعلى هذا يلزم للمص التفصيل تدبر وانما قيدنا بغير الدارهم والدنانير لانهما يجوز التصرف فيهما بعد القبض قبل الوزن كما فى الايضاح هذا كله فى غير بيع التعاطى اماهو فلايحتاج الى وزن المشترى ثانيا وان صار بيعا بالقبض بعد الوزن وفى الخلاصة وعليه الفتوى (لا المذروع) اى لايحرم بل يجوز بيعه والتصرف فيه قبل اعادة الذرع بعض القبض لان الزيادة له اذ الذراع وصف فى الثوب واحتمال النقص انما يوجب خياره وقد اسقط ببيعه بخلاف المقدر وفى التبيين هذا اذا لم يسم لكل ذراع ثمنا وان سمى فلا يحل له التصرف فيه حتى يذرع (وصح التصرف فى الثمن) ببيع وهبة

واجارة ووصية وتمليك ممن عليه بعوض وغير عوض (قبل قبضه) سواء كان مما لايتعين كالنقود اوبما يتعين كالمكيل والموزون حتى لو باع ابلا بدراهم او بكر من حنطة جاز ان يأخذ به له شيئا آخر لان المطلق للتصرف وهو الملك قائم والمانع وهو غرر الانفساخ بالهلاك منتف لعدم تعينها بالتعيين اى فى النقود بخلاف المبيع كما فى العناية وغيرها لكن المدعى عام وهو التصرف فى الثمن قبل القبض جائز مطلقا سواء كان مما لايتعين اوبما يتعين كامر والدليل وهو انتفاء غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين فيكون الدليل اخص من المدعى تدبر (والحط منه) اى صح حط البايع بعض الثمن ولو بعد هلاك المبيع لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله لكونه اسقاطا والاسقاط لايستلزم ثبوت مايقابله فيثبت الحط فى الحال ويلتحق باصل العقد استنادا وفيه اشارة الى ان حط كل الثمن غير ملتحق بالعقد اتفاقا (و) صح (الزيادة فيه) اى فى الثمن (حال قيام المبيع) ان قبل البايع فى المجلس حتى لوزاده فلم يقبل حتى تفرقا بطلت الزيادة كما فى الهداية وغيرها فعلى هذا لو قيد به لكان اولى لانه مما لابد منه (لابعد هلاكه) اى المبيع فى ظاهر الرواية اذ لو هلك المبيع اوتغير بتصرف المشترى فيه حتى خرج عن اطلاق اسمه عليه كبر طحن اوخرج عن محلية المبيع كعبد دبر لاتجوز الزيادة اذ ثبوتها ملحوظ فى مقابلة الثمن وهو غير باق على حاله فلم يتصور التقابل فيه (وكذا) صح (الزيادة فى المبيع) ولزم البايع دفعها ان قبل المشترى ذلك لانه تصرف فى حقه وملكه ويلتحق بالعقد فيصير حصة من الثمن حتى لو هلكت الزيادة قبل القبض تسقط حصتها من الثمن بخلاف الزيادة المتولدة من المبيع حيث لايسقط شئ بهلاكها قبل القبض وكذا اذا زاد فى الثمن عرضا كما لو اشتراه بمائة وتقابضا ثم زاده المشترى عرضا قيمته خمسون وهلك العرض قبل التسليم ينفسخ العقد فى ثلثه ولايشترط للزيادة هنا قيام المبيع فتصح بعد هلاكه بخلاف الزيادة فى الثمن كما فى البحر وقال يعقوب باشا وههنا كلام وهو ان الظاهر من الكافى ان الزيادة بعد تلف المبيع سواء كانت فى الثمن اوفى المبيع تصح فى رواية ولاتصح فى ظاهر الرواية لان الزيادة تغير العقد من وصف الى وصف فتستدعى قيام العقد وقيامه بقيام المبيع وذكر فى بعض شروح الجامع الصغير ان الزيادة فى المبيع اوالثمن انما تجوز اذا كان المبيع قائما ولاتجوز لو كان المبيع هالكا فبين هذا وبين ماذكر منافاة فليتأمل فى التوفيق (ويتعلق الاستحقاق بكل ذلك) اى استحقاق البايع والمشترى بكل الثمن والمبيع والزائد والمزيد عليه فالزيادة والحط يلتحقان باصل العقد عندنا وقال صدر الشريعة ويمكن ان يراد انه اذا استحق مستحق المبيع

او الثمن فالاستحقاق يتعلق جميع مايقابله من المزيد والمزيد عليه فلايكون الزائد صلة مبتدأة كما هو مذهب زفر والشافعي انتهى واعترض عليه صاحب الدرر بانه لايمكن ذلك لان مدار هذا الاستحقاق على الدعوى والبينة فان ادعى المستحق مجرد المزيد عليه واثبته اخذه وان ادعاه مع الزيادة واثبته اخذه وكذا ان ادعى الزيادة فقط ثم ان حكم الاستحقاق يظهر في التولية والمرابحة فليتأمل (فيرابح و يولى) هذا تفريع على صحة الزيادة والحط وعلى الحاقهما باصل العقد (على الكل ان زيد وعلى مابقى ان حط) لان كلا من الزيادة والنقصان ملتحق باصل العقد فتعتبر المرابحة والتولية بالنسبة اليه (والشفيع يأخذ بالاقل في الصلين) اى فصل الزيادة على الثمن وفصل الحط عنه وان كان مقتضى الالحاق بالاصل ان يأخذ بالكل في صورة الزيادة لان حقه تعلق بالعقد الاول وفي الزيادة ابطاله وليس لهما ابطاله (ومن قال بع عبدك من زيد بالف على انى ضامن كذا) اى مائة مثلا (من الثمن سوى الالف اخذ) اى مولى العبد (الالف من زيد والزيادة منه) اى من الضامن لان الزيادة المشروطة جعلت من الاصل المقابل للمبيع فكان التزم بعض ماورد عليه العقد من الثمن فيؤخذ منه (وان لم يقل من الثمن) والمسئلة بحالها (فالالف على زيد) لانه ثمن العبد (ولاشئ عليه) من الثمن على المقابل لانه لم يزد فان قيل فكيف لاشئ عليه وعبارته صريحة بالضمان قلنا مبنى الكلام على انه قال بع عبدك من زيد بالف على انى ضامن سوى الالف فالضمان اذن غير متعلق بالثمن فلاشئ عليه من الثمن هذه المسئلة من تفاريع زيادة الثمن وفي ذكرها فائدة جوازها من الاجنبي ايضا ولهذا ذكرها المص في هذا الباب ولقد اصاب ولم يذكر صاحب الهداية بل اوردها بعد السلم (وكل دين اجل باجل معلوم صح تأجيله) وان كان حالا في الاصل لان المطالبة حقه فله ان يؤخره سواء كان ثمن مبيع اوغيره تيسيرا على من له عليه الاترى انه يملك ابراءه مطلقا فكذا موقتا ولابد من قبوله ممن عليه الدين فلو لم يقبله بطل التأخير فيكون حالا و يصح تعليق التأجيل بالشرط كما في البحر (الا القرض) استثناء من قوله وصح تأجيله اى فلا يصح تأجيله لكونه اعارة وصلة في الابتداء ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لايلزم التأجيل فيه كما في الاعارة اذ لاجبر في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لايصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربوا وفي الظهيرية القرض المجحود يجوز تأجيله وفصل صاحب التنوير مسئلة القرض لكثرة الاحتياج اليها في المعاملات فقال القرض هو عقد مخصوص يرد على دفع مال مثلى لرد مثله وصح في مثلى لافي غيره فصح استقراض الدراهم والدنانير وكذا مايكال

او يوزن او يعد متقاربا فصح استقراض جوز وبيض ولحم استقرض طعاما بالعراق فاخذه صاحب القرض بمكة فعليه قيمته بالعراق يوم اقترضه عندابى يوسف وعند محمد يوم اختصما وليس عليه ان يرجع الى العراق فيأخذطعامه ولواستقرض الطعام ببلد فيه الطعام رخيص فلقيه المقرض فى بلد فيه الطعام غال فاخذه الطالب بحقه فليس له ان يحبس المطلوب ويؤمر المطلوب بان يوثق به حتى يعطيه طعامه فى البلد الذى استقرض فيه استقرض شيئامن الفواكه كيلا اووزنا فلم يقبضه حتى انقطع فانه يجبر صاحب القرض على تأخيره الى مجئ الحديث الا ان يتراضيا على القيمة ويملك المستقرض القرض بنفس القبض عند الشيخين خلافا لابى يوسف اقرض صبيا فاستهلكه الصبى لايضمنه وكذا المعتوه ولو عبدا محجورا لايؤاخذ به قبل العتق وهو كالوديعة استقرض من آخر دراهم فاتاه المقرض فقال المستقرض القها فى الماء فالقاها لاشئ على المستقرض والقرض لا يتعلق بالجائز من الشروط فالفاسد فيها لايبطله ولكنه يلغو شرطه رد شئ آخر فلو استقرض الدراهم المكسورة على ان يؤدى صحيحا كان باطلا وعليه مثل ماقبض (الا فى الوصية) فهو استثناء من المستثنى يعنى اذا اوصى ان يقرض من ماله الف درهم فلانا الى سنة يجوز من الثلث ويلزم ولايطالب حتى تمضى المدة لانه وصية بالتبرع والوصية يتسامح فيها نظرا للموصى الاترى انها تجوز بالخدمة والسكنى وتلزم (ولايصح التأجيل الى اجل مجهول متفاحش) الجهالة (كهبوب الريح) ونزول المطر مثلا (ويصح فى المتقارب كالحصاد ونحوه) كما جاز ذلك فى الكفالة

باب الربا

وجه مناسبته للمرابحة ان فى كل منهما زيادة الا ان تلك حلال وهذه حرام والحل هو الاصل فى الاشياء فقدم مايتعلق بتلك الزيادة على مايتعلق بهذه والربوا بكسر الراء والقصر اسم من الربو بالفتح والسكون فلامه واو ولذا قيل فى النسبة ربوى وفتحها خطاء وفى المصباح الربوا الفضل والزيادة وهو مقصور على الاشهر وليس المراد مطلق الفضل بالاجماع وانما المراد فضل مخصوص فلذا عرفه شرعا بقوله (هو فضل مال) اى فضل احد المتجانسين على الاخر بالمعيار الشرعى اى الكيل والوزن ففضل قفيزى شعير على قفيزى بر لايكون ربوا (خال) ذلك الفضل (عن عوض) قيد به ليخرج بيع كر بر وكر شعير بكرى بر وكرى شعير فان للثانى فضلا على الاول لكنه غير خال عن العوض بصرف الجنس الى خلاف جنسه بان يباع كر بر بكرى شعير وكر شعير بكرى بر

(شرط) جملة فعلية صفة لفضل مال اى شرط ذلك الفضل (لاحد العاقدين) اى البايعين او المقرضين او الراهنين للاحتراز عما اذا شرط لغيرهما وفى الاصلاح فى احد البدلين ولم يقل لاحد العاقدين لان العاقد قد يكون وكيلا وقد يكون فضوليا والمعتبر كون الفضل للبايع او للمشترى انتهى لكن عقد الوكيل عقد للموكل وعقد الفضولى يتوقف على قبول المالك فيصير العاقد حقيقة الموكل والمالك فلا حاجة الى التبديل تدبر (فى معاوضة مال بمال) قيد بها للاحتراز عن هبة بعوض زائد ويدخل فيه ما اذا شرط فيه من الانتفاع بالرهن كالاستخدام والركوب والزراعة واللبس واكل الثمر فان الكل ربوا حرام كما فى القهستانى (وعلته) لوجوب المماثلة التى يلزم عند فواتها الربوا وفى اصطلاح الاصول العلة ما يضاف اليه ثبوت الحكم بلا واسطة فخرج الشرط لانه لا يضاف اليه ثبوته والسبب والعلامة وعلة العلة لانها بالواسطة (القدر) لغة كون شئ مساويا لغيره بلا زيادة ولا نقصان وشرعا التساوى فى المعيار الشرعى الموجب للمماثلة الصورية وهو الكيل والوزن (والجنس) اى مع اتحاد الجنس فى العوضين فالعلة مجموع الوصفين عندنا لان الاصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا وعد الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة اى بيعوا مثلا بمثل او بيع الحنطة بالحنطة مثل بمثل حذف المضاف واقيم المضاف اليه مقامه واعرب باعرابه ومثل خبره ولما كان الامر للوجوب والبيع مباح صرف الوجوب الى رعاية المماثلة كما فى قوله تعالى فرهان مقبوضة حيث صرف الايجاب الى القبض فصار شرطا للرهن والمماثلة بين الشيئين يكون باعتبار الصورة والمعنى معا والقدر يسوى الصورة كما بيناه والجنسية تسوى المعنى فيظهر الفضل الذى هو الربوا ولا يعتبر الوصف لقوله عليه السلام جيدها ورديها سواء (فحرم) تفريع على كون العلة القدر والجنس (بيع الكيلى والوزنى بجنسه) كبيع الحنطة بالحنطة والذهب بالذهب مثلا (متفاضلا) لوجود الربوا فى ذلك (اونسيئة) اى باجل لما فى ذلك شبهة الفضل اذ النقد خير (ولو) وصلية (غير مطعوم) خلافا للشافعى فان علة الربوا عنده الطعم فى المطعومات والثمنية فى الاثمان والجنسية شرط لعمل العلة عملها حتى لا تعمل العلة المذكورة عنده الا عند وجود الجنسية (كالجص) من المكيلات (والحديد) من الموزونات والطعم غير معتبر عندنا (وحل) بيع ذلك (متماثلا بعد التقابض اومتفاضلا غير معين كحفنة بحفنتين) لانتفاء جريان الكيل ومادون نصف صاع فهو فى حكم الحفنة لانه لا تقدير للشرع

بما دونه واما اذا كان احد البدلين يبلغ حد نصف الصاع او أكثر والآخر لم يبلغه فلا يجوز كما فى العناية (و بيضة ببيضتين وتمرة بتمرتين) وحاصله ان مالا يدخل تحت المعيار وهو الكيل والوزن اما لقلته كالحفنة والحفنتين والتمرة والتمرتين واما لكونه عدديا لا يباع بالمعيار الشرعى كالبيضة والبيضتين والجوزة والجوزتين يحل البيع متفاضلا لعدم جريان القدر والمعيار فلا يوجد المساواة فلم يتميز الفضل و بقى على الاصل وهو الحل عندنا خلافا للشافعى لوجود علة الحرمة وهى الطعم مع عدم الخلاص وهو المساواة فيحرم لان الاصل عنده الحرمة (فان وجد الوصفان) اى الكيل او الوزن مع الجنس (حرم الفضل) كقفيز بر بقفيزين منه (و) حرم (النساء) ولو مع التساوى كقفيزين بقفيزين منه احدهما او كلاهما نسيئة لوجود العلة (وان عدما) اى كل منهما (حلا) اى الفضل والنساء لعدم العلة الموجبة الحرمة اذ الاصل الجواز والحرمة بعارض فيجوز مالم يثبت فيه دليل الحرمة (وان وجد احدهما فقط حل التفاضل) كما اذا بيع قفيز حنطة بقفيزى شعير يدا بيد حل الفضل فان احد جزئى العلة وهو الكيل موجود هنا دون الجزء الاخر وهو الجنسية وان بيع خمسة اذرع من الثوب الهروى بستة اذرع منه يدا بيد حل ايضا لان الجنسية موجودة دون القدر (لا النساء) اى لا يحل النساء فى هاتين الصورتين ولو بالتساوى وذلك لان جزء العلة وان كان لا يوجب الحكم لكنه يورث الشبهة فى الربوا والشبهة فى باب الربوا ملحقة بالحقيقة لكنها ادون من الحقيقة فلابد من اعتبار الطرفين ففى النسيئة احد البدلين معدوم و بيع المعدوم غير جائز فصار هذا المعنى مرجحا لتلك الشبهة فلا يحل وفى غير النسيئة لم تعتبر الشبهة لما قلنا ان الشبهة ادون من الحقيقة على ان الخبر المشهور وهو قوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد يؤيد ماقلنا وعند الشافعى ان الجنس بانفراده لا يحرم النساء كما فى شرح الوقاية ثم فرعه بقوله (فلا يصح سلم هروى فى هروى) لوجود الجنس والنساء فى المسلم فيه (ولا) سلم (بر فى شعير) لوجود القدر مع النساء (وشرط التعيين والتقابض) فى المجلس (فى الصرف) لقوله عليه السلام الفضة بالفضة هاء وهاء معناه خذ يدا بيد والمراد به القبض كنى بها عنه لانها آلته (و) شرط (التعيين فقط فى غيره) فى غير عقد الصرف من الربويات ولا يشترط التقابض فى بيع الطعام بمثله عينا حتى لو باع برا ببر بعينهما وتفرقا قبل القبض جاز عندنا خلافا للشافعى وانما قلنا بمثله اذ التفاضل لا يجوز اتفاقا وانما قلنا عينا اذ لو لم يكن معينا لا يجوز اتفاقا اما عندنا فلعدم العينية

واما عنده فلعدم القبض وللشافعي قوله عليه السلام الطعام بالطعام يدا بيد ولانه لو لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض فيوجد في القبض الاول مزية فيتحقق شبهة الربوا ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هو التمكن في التصرف فيه فيترتب ذلك على التعيين بخلاف الصرف لان القبض فيه ليتعين به ومعنى قوله عليه السلام يدا بيد عينا بعين لمارواه عبادة بن الصامت كذا وتعاقب القبض لايعتبر تفاوتا في مال عرفا بخلاف النقد والاجل (ومانص) على صيغة المجهول (على تحريم الربوا فيه كيلا فهو كيلي ابدا كالبر والشعير والتمر والملح و) ان نص (على تحريمه) اى تحريم الربوا فيه (وزنا فهو وزني ابدا كالذهب والفضة ولو) وصلية (تعورف بخلافه) لان النص قاطع واقوى من العرف والاقوى لايترك بالادنى (ومالانص فيه) اى كونه كيليا اووزنيا (حمل على العرف كغير الستة المذكورة) من البر الى الفضة لان الشرع اعتبر عادة الناس لقوله عليه السلام مارآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن وقال الشافعي هو محمول على عادة اهل الحجاز في عهد رسول الله عليه السلام قلنا ذلك في نصاب الزكوة والكفارات لان الامة اجتمعت على خلاف ذلك في البياعات وعن ابي يوسف انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك بمكان العرف وقد تبدل فيتبدل حكمه وقال المولى سعدى استقراض الدراهم عددا و بيع الدقيق وزنا على ماهو المتعارف في زماننا ينبغي ان يكون مبنيا على هذه الرواية ثم فرعه بقوله (فلا يجوز بيع البر بالبر متماثلا وزنا) لان البر كيلي شرعا لاوزني (ولا يجوز بيع (الذهب بالذهب متماثلا كيلا) لان الذهب وزني لاكيلي وان تعارفوا ذلك لاحتمال الفضل على ماهو المعيار فيه (وجاز بيع فلس معين بفلسين معينين) عند الشيخين (خلافا لمحمد) بيع الفلس بجنسه متفاضلا يحتمل وجوها الاول ان يكون كلاهما في البيع معينا الثاني ان يكون المبيع معينا والثمن غير معين الثالث عكس الثاني الرابع ان يكون كل منهما غير معين والكل فاسد سوى الوجه الاول له ان الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما واذا بقيت اثمانا لاتتعين فصار كبيع الدرهم بالدرهمين ولهما ان الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما اذلا ولاية للغير عليهما وتبطل باصلاحهما واذا بطلت تتعين بالتعيين بخلاف النقود لانها للثمنية خلقة (ويجوز بيع الكرباس بالقطن) وكذا بالغزل كيف ما كان لاختلافهما جنسا لان الثوب لاينقض ليعود غزلا اوقطنا والكرباس الثياب من الملحم والجمع كرابيس كما لو باع القطن بغزله فانه يجوز كيف ما كان لاختلاف الجنس وهو قول محمد وقال ابو يوسف

لايجوز الامتسا وياوقول محمد اظهر وفى الحاوى وهوالاصح ولوباع قطنا غيرمحلوج بمحلوج جاز اذاعلم ان الخالص اكثر مما فى الآخروالا لايجوز ولوباع القطن غيرالمحلوج بحب القطن فلابد ان يكون الحب الخالص اكثر من الحب الذى فى القطن (و) يجوز (بيع اللحم بالحيوان) عند الشيخين (وعند محمد) وهو قول الشافعى (لايجوز بيعه) اى بيع اللحم (بحيوان جنسه حتى يكون اللحم اكثرمما فى الحيوان) ليكون اللحم بمقابلة مافيه والباقى من اللحم بمقابلة السقط كالجلد والكرش والامعاء والطحال لانهما جنس واحد ولهذا لايجوزبيع احدهما بالآخر نسيئة فكذا متفاضلا كالزيت بالزيتون وهوالقياس ولهما ان الحيوان ليس لحمه بمال ولاينتفع به انتفاع اللحم وماليته معلقة بالذكوة فيكون جنسا آخر بخلاف الزيت والزيتون وهو الاستحسان قيد باللحم لانه لوباع احدالشاتين المذبوحتين الغيرالمسلوختين بالاخرى جاز اتفاقا بان يجعل لحم كل منهما بجلد الآخر ولوكانتا مسلوختين يجوز اذاتساويا وزنا ولواشترى شاة حية بشاة مذبوحة يجوز اتفاقا موضع الخلاف بيع اللحم من جنس ذلك الحيوان (ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متماثلا كيلا) لامتفاضلا لاتحاد الاسم والصورة والمعنى وبه تثبت المجانسة من كل وجه ولايعتبر احتمال التفاضل كما فى البربالبر وقيده ابن الفضل بما اذاكانا مكبوسين والا لايجوز خلافا للشافعى لعدم الاعتدال فى دخوله الكيل لانه منكبس وممتلئ جدا وقوله كيلا احترازعن الوزن لان فيه روايتين وعن الجزاف واشارة الى نفى قول الشافعى (لا) يجوز بيع الدقيق (بالسويق) اى اجزاء حنطة مقلية والدقيق اجزاء حنطة غيرمقلية (اصلا) اى لامتفاضلا ولامتسا وياعند الامام لانه لايجوز بيع الدقيق بالمقلية ولابيع السويق بالحنطة فكذا بيع اجزائهما لقيام المجانسة وبيع المقلية والسويق متسا وياجائز لاتحاد الاسم (خلا فالهما) اى قالا يجوز كيف ماكان لاختلاف الجنس ولكن يدا بيدلان القدر يجمعهما (ويجوز بيع الرطب بالرطب متماثلا) خلافا للشافعى (وكذا) يجوز (بيع الرطب بالتمر والعنب بالزبيب متماثلا) عندالامام لان الرطب والتمر متجانسان بالذات لابالصفات فيدخل تحت قوله عليه السلام التمر بالتمر مثل بمثل وان لم يتجانس على زعم المخالف يجوز ايضا لدخوله تحت قوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد (خلا فالهما) لانتقاص الرطب بالجفاف وبيع العنب بالزبيب على هذا الخلاف (وكذا) يجوز (بيع البر رطبا) بفتح الراء وسكون الطاء (اومبلولا بمثله اوباليابس) (و) بيع (التمر) والزبيب منقعين بمثلهما (متساويا) حال من الجميع يعنى

يجوز بيع البر رطبا اومبلولا بمثله اوباليابس وبيع التمر والزبيب منقعين بمثلهما متسا ويا عند الشيخين لان حال المبيع معتبر وقت العقد فيعتبر التساوى فيه اختلفت الصفة اولم تختلف (خلافا لمحمد) فى جميع ذلك لانه اعتبر التساوى فى الحال والمآل وترك ابو يوسف الاصل الذى هو تحقق التساوى حال العقد فى بيع الرطب بالتمر وكان مع محمد لحديث النبى عليه السلام انه سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال النبى عليه السلام اوينقص اذا جف فقيل نعم قال لا فبقى الباقى على القياس (ويجوز بيع لحم حيوان بلحم حيوان غير جنسه متفاضلا) نقدا (وكذا اللبن) وعن الشافعى انهما جنس واحد لاتحاد المقصود فلا يجوز الامتسا ويا ولنا ان الاصول مختلفة حتى لايضم بعضها الى بعض فى الزكوة فكذا اجزاؤها وقيدنا بالنقد لان بيعه نسيئة غير جائز بالاتفاق (والجاموس مع البقر جنس واحد وكذا المعز مع الضأن والبخت مع العراب) فلا يجوز بيع لحم البقر بالجاموس متفاضلا لاتحاد الجنس بدليل الضم فى الزكوة للتكميل فكذا اجزاؤهما مالم يختلف المقصود كشعر المعز وصوف الضأن فانهما جنسان فان قلت لم جاز لحم الطير بعضه ببعض متفاضلا مع انه جنس واحد ولم يتبدل بالصفة قلنا انما جاز لانه غير موزون عادة فلم يكن مقدرا فلم توجد العلة فحاصله ان الاختلاف باختلاف الاصل اوالمق اوبتبدل الصفة وفى الفتح ينبغى ان يستثنى من لحوم الطير الدجاج والاوز لانه يوزن فى عادة اهل مصر بعظمه (ويجوز) بيع (خل العنب بخل الدقل) نقدا (متفاضلا) لانهما جنسان متغايران كاصلهما (وكذا شحم البطن بالالية اوباللحم) اى يجوز بيعها متفاضلا وان كانت كلها من الضأن لانها اجناس مختلفة لاختلاف الاسماء والصور والمقاصد (و) يجوز بيع (الخبز بالبر اوالدقيق اوالسويق) متفاضلا لعدم التجانس لان الخبز وزنى اوعددى والبر كيلى بالنص ولم يجمعهما قدر وكذا بيع الخبز بالدقيق اوالسويق متفاضلا لماذكرنا من عدم التجانس فلم توجد علة الربوا هذا اذا كانا نقدين واما اذا كان احدهما نسيئة سواء كان خبزا اوبرا اودقيقا فيجوز فى صورة كون البر نسيئة عند الامام لانه اسلم موزونا فى مكيل يمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره قيل يفتى به ويجوز فى صورة كون الخبز نسيئة عند ابى يوسف لانه اسلم فى موزون وقيل يفتى به وعن هذا قال (وان) وصلية (كان احدهما نسيئة به يفتى) للتعامل وفى الحاوى ويجوز بيع اللبن بالجبن (ولا يجوز بيع الجيد بالردى) اذا قوبل بجنسه ممافيه الربوا (الامتساويا) لقوله عليه السلام جيدها ورديها سواء (وكذا) لايجوز بيع (البسر بالتمر) لاطلاق التمر على البسر (ولا) يجوز بيع (البر بالدقيق

اوبالسويق او بالنخالة مطلقـا) اى لا متسـاو يا ولا متفا ضلا لان المجـا نسـة باقيـة من وجه باعتبـار انهـا اجزاء الحنطـة (ولا) يجوز (بيع الز يتو ن بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت) فى صورة بيع الزيتون به (والشيرح) فى صورة بيع السمسم به (اكثر مما فى الزيتون والسمسم) وفيـه اللف والنشر المرتب وهوان يرجع الاول للاول والثـانى للثانى (لتكون الزيادة بالثجير) بفتح الثاء المثلثـة ثفل كل شئ يعصر اعـلم ان البيع لايجوز فى ثلث صور الاولى ان يعـلم ان الزيت الذى فى الزيتون اكـثر لتحقق الفضـل من الدهن والثفل الثـانية ان يعـلم التسـاوى لخلو الثفل عن العوض الثا لثة ان يعلم انه مثله اواكـثر اواقل فلايصح عند نا لان الفضل المتوهم كالمتحقق احتياطا وعند زفر جاز لان الجوازهو الاصل والفساد لوجود الفضل الخـالى فـما يعـلم لايفسـد ويجوز البيع فى صورة بالاجماع بان يعـلم ان الزيت المنفصل اكـثر ليكون بالفضل وكل شئ بثفله قيمة اذا بيع بالخالص منه لايجوز حتى يكون الخالص اكـثر كبيع الجوز بدهنه واللبن بسمنه والتمر بنواه كما فى البحر (ولا يستقرض الخـبز اصلا) اى لاوز نا ولا عـددا عند الامام للتفاوت الفاحش من حيث الطول والعرض والغلظ والدقة ومن حيث الخباز والتنور (وعند ابى يوسـف يجوز) استقراضه (وزنا) لامكان التساوى فى الوزن لاعددا للتفاوت فى آحاده (وبه يفـتى) وبه جزم صـاحب الكنز وذكر الزيلعى ان الفتوى عـلى قول ابى يوسف (وعند محمد يجوز عددا ايضا) للتعارف والتعامل وفى شرح المجمع الفتوى على قول محمد وفى الفتح وانا ارى قول محمد احسن لكونه ايسر وارفق (ولا ربوا بين السيد وعبده) لانه ومافى يده ملكه اطلقه وقيد بعض الفضلاء بمـا اذا لم يكن دين مستغرق لرقبته وكسبه واما اذا كان مستغرقا فيجرى الربوا بينهما اتفاقا لعدم الملك عنده للمولى فى كسبه كالمكاتب وعندهما لتعلق حق الغير لكن اذا لم يكن مامعه لمولاه بان كان مديونا سواء كان الدين لمولاه كالمكاتب اولغيره فيتقرر البيع بينهما فيصير الحكم كحكم سـائر البيوع ولـذا لم يفصـل تدبر وفى البحر ولا ربوا بين المتفـا وضين وشريكى العنـان اذا تبايعـا من مال الشركة وان كان من غيره جرى بينهما (ولا) ربوا (بين المسلم والحربى فى دار الحرب) عنـد الطرفين خلافا لابى يوسف والشـافعى اعتبارا بالمستأمن منهم فى دارنا ولهما قوله عليه السلام لاربوا بين المسلم والحربى فى دار الحرب ولان مالهم مباح فى دارهم فباى طريق اخذه المسلم اخذ مالا مبـاحا اذا لم يكن غدر بخـلاف المستأمن منهم لان ماله صـار محظورا بعقـد الامان قال فى التسهيل وغيره ولايجوز الربوا عنـد الامام بين مسلم ومن آمن ثمه لعـدم العصمة فى مال

من اسلم ثمه فصار كمال الحربي ويجوز للمسلم اخذ مال الحربي برضاه ولهما انه ربوا جرى بين مسلمين فحرم وفيه كلام وهو ان عدم العصمة ممنوع الا يرى ان الغانمين لم يملكوا اما في يد من اسلم ثمه اذ اظهروا عليهم انتهى لكن يمكن الفرق بان بيع الشيء من الربويات بجنسه متفاضلا يكون برضاه بخلاف ما اذا ظهروا عليهم واخذوا ما في يد من اسلم ثمه لانهم اخذوا قهرا الا بالرضاء فافترقا تدبر

﴿ باب الحقوق والاستحقاق ﴾

كان من حق مسائل الحقوق ان يذكره في الفصل المتصل باول البيوع الا ان المص التزم ترتيب الهداية كما التزم صاحب الهداية ترتيب الجامع الصغير ولان الحقوق توابع فيليق ذكرها بعد ذكر مسائل المتبوع الا ان صاحب الهداية ذكر مسائل الحقوق في باب على حدة ثم ذكر مسائل الاستحقاق في باب آخر والمص ذكرهما في باب وليت شعري لم ترك اسلوبه والحقوق جمع حق وهو خلاف الباطل وهو مصدر حق الشيء من باب ضرب وقتل اذا وجب وثبت ولهذا يقال لمرافق الدار حقوقها وتمامه في البحر فليراجع (يدخل العلو والكنيف في بيع الدار) وان لم يذكر بكل حق هو لها ونحوه لان الدار اسم لما يدار عليه الحدود من الحائط ويشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف والعلو من اجزائه فيدخل فيه من غير ذكر وكذا الكنيف داخل فيما اطلق عليه وان كان خارجا مبنيا على الظلة لانه يعد منها عادة وكذا يدخل بئر الماء والاشجار التي في صحنها والبستان الداخل واما الخارج فان كان اكثر منها اومثلها لا يدخل الا بالشرط وان كان اصغر منها يدخل لانها يعد من الدار عرفا والكنيف المستراح كما في البحر وفي العناية الدار لغة اسم لقطعة ارض ضربت لها الحدود وميزت عما يجاورها بادارة خط عليها فبنى على بعضها دون البعض ليجمع فيها مرافق الصحراء للاسترواح ومنافع الابنية للاسكان وغير ذلك ولا فرق بين ما اذا كانت الابنية بالماء والتراب اوبالخيام والقباب (لا تدخل (الظلة) في بيع الدار الظلة الساباط الذي يكون احد طرفيه على الدار والطرف الآخر على دار اخر اوعلى اسطوانات في السكة ومفتحها في الدار المبيعة كما في الفتح وفي البحر وغيره وفي الصحاح الظلة بالضم كهيئة الصفة وفي المعرب قول الفقهاء ظلة الدار يريدون السدة التي تكون فوق الباب لكن عمم في الاصلاح فقال اوعلى الاسطوانات في السكة سواء كان مفتحها الى الدار اولا ومن وهم انها السدة التي فوق الباب فقد وهم انتهى (الا بذكر كل حق

هولها) اى الدار (او بمرافقها) اى بذكر مرافقها وهى حقوقها اى بعتها لك بمرافقها (او بكل) حق (قليل وكثير هو فيها) اومنها (فحينئذ تدخل الظلة فى بيعهــا عند الامام (وعند هما تدخل) اى الظلة من غير ذكر شئ مما ذكرنا ان كان مفتحها فى الدار لانها من توابع الدار وله ان الظلة تابعة للدار من حيث ان قرار احــد طرفيها عــلى بناء الدار وليســت بتابعة لها من حيث ان قرار طرفها الآخر عــلى غير بنائها فلا يدخل بلا ذكر الحقوق وتدخل بذكرها عملا بالشــبهين ولو كان خارج الدار مبنيا عــلى الظــلة يدخل فى بيع الدار بلا ذكر الحقوق لانها تعد من الدار عادة وفى الخانية ويدخل الباب الاعظم فيما باع بيتا اودارا بمرافقهمـــا لان الباب الاعظم من مرافقهمـــا (ولا يدخل العلو فى شراء منزل الا بذكر نحو كل حق) اى الا ان يقول بكل حق هوله او بمرافقه او بكل قليــل وكثير هو فيــه اومنه لان المنزل بين الدر والبيت اذ يتأتى فيــه مرافق السكنى بنوع قصور بانتفاء منزل الدواب فيه فلشــبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر الحقوق ولشــبهه بالبيت لا يدخل فيــه بدونه (ولا) يدخل العلو (فى شراء بيت وان) وصلية (ذكر كل حق) ونحوه مالم ينص عليه لان البيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله والشئ لا يستتبع مثله فلا يدخــل فيه الا بالتنصيص عليه وفى الكافى ان هذا التفصيل مبنى على عرف الكوفة وفى عرفنا يدخل العلو فى الكل سواء باع باسم البيت او المنزل او الدار والاحكام تبتنى على العرف فيعتبر فى كل اقليم وفى كل عرف اهله (ولا) يدخل (الطريق) فى بيع ماله طريق (ولا) يدخل (المسيل) فى بيع ماله مسيل (ولا) يدخل (الشرب) فى بيع ماله شرب (الا بذكر نحو كل حق) لان هذه الاشياء تابعة من وجه باعتبـــار وجودها بدون المبيــع فلا يدخل الا بذكـــر نحو كل حق وفى القهســتانى واللام للعهد اى مســيل الماء والنهر فى ملك خاص وشرب الارض ومائهــا وينبغى ان لا يدخل السرب اصلا فى موضــع يتعارف بيع الارض بلا شرب وطريق الدار عرضه عرض الباب الذى هو مدخلها وطوله منه الى الشارع اوهو اعم منه ومن طريق خاص فى ملك انســان وقت البيع فلو ســد الطريق القديم لم يدخل بذكره فالطريق الى الشارع العام والى سكة غير نافذة تدخل فى البيع كما فى المحيط لكن فى الخلاصة ان الاخيرة لا تدخل الا بما ذكر بخلاف الطريق النافذة فانها لا تدخل اصــلا وان كان له حق المرور كما كان قبل الشراء (وتدخل) هــذه الاشياء (فى الاجارة بدون ذكر) نحو كل حق اذ الم ينتفع الموجر بدونها ومثلها الرهن والصــدقة الموقوفة وقال العينى ولا يدخل مســيل ماء الميزاب اذا كان فى ملك خاص ولا مسقط الثلج

فصل

في بيان احكام الاستحقاق (البينة حجة متعدية) الى الغير تظهر في حق كافة الناس لان البينة لاتصير حجة الابقضاء القاضي وله ولاية عامة فينفذ قضاؤه في حق الكافة كما في التبيين وظاهره ان معنى التعدي انه يكون القضاء بها قضاء على كافة الناس في كل شئ قضي به بالبينة وليس كذلك وانما يكون القضاء على الكافة في عتق ونحوه كما مر تحقيقه (والاقرار حجة قاصرة) فلايتوقف على القضاء وللمقر ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر عليه (والتناقض يمنع دعوى الملك لا) يمنع التناقض دعوى (الحرية والطلاق والنسب) لان القاضي لايمكنه ان يحكم بالكلام المتناقض اذا حدهما ليس باولى من الآخر فسقطا غيران الحرية والطلاق والنسب فيعذر في التناقض لان النسب يبتنى على العلوق والطلاق والحرية ينفرد بهما الروح والمولى فيخفى عليهم كما في التبيين (فلو ولدت امة مبيعة) تفريع على كون البينة حجة متعدية والاقرار حجة قاصرة يعني لو اشترى امة فولدت عنده من غير مولاه وفي الكافي ولدت لاباستيلاد (فاستحقت ببينة تبعها ولدها) في كونه مستحقا وملكا لمن برهن (ان كان في يده) اي في يد المشتري (وقضى به) اي بالولد (ايضا) وهو الاصح لان محمدا قال اذا قضى القاضي بالاصل للمستحق ولم يعرف الزوائد اوفي يد آخر وهو غائب لم تدخل الزوائد تحت القضاء لا نفصا لها عن الاصل يوم القضاء فعلى هذا ظهر تقييده بان كان في يده (وقيل يكفي القضاء بالام) لانه تبع لها فيدخل في الحكم عليها (وان اقر) المشتري (بها) اي بالامة المبيعة (لرجل لايتبعها ولدها) فيأخذ المقرله الامة لاولدها والفرق ان البينة تثبت الملك من الاصل والولد كان متصلا بها يومئذ فثبت بها الاستحقاق فيهما والاقرار حجة قاصرة يثبت به الملك في المخبر به ضرورة صحة الخبر وماثبت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة ولم يذكر النكول لانه في حكم الاقرار وفي البحر نقلا عن النهاية انما لايتبعها الولد في الاقرار اذلم يدعه المقرله اما اذا ادعاه كان له لان الظاهر انه له ولاخصوصية للولد بل زوائد المبيع كلها على التفصيل انتهى لكن الظ لايصلح حجة للاستحقاق كما قاله المولى سعدي وفي البزازية واستحقاق الجارية بعدموت الولد لايوجب على المشتري شيئا كزوائد المغصوب (وان قال شخص لآخر) اي لرجل يطلب شراء عبد (اشترني فانا عبد) لفلان (فاشتراه) اي الرجل العبد بناء على كلامه (فاذا هو حر) اي ظهر انه حر واذا هنا للمفاجأة (فان كان البايع

حاضرا او) غائبا كان (مكانه معلوما لايضمن) العبد (الآمر) لوجود من عليه الحق وهو البايع (والا) اى وان لم يكن البايع حاضرا اولم يكن مكانه معلوما (ضمن) اى رجع المشترى على العبد بالثمن عند الطرفين لان المقر بالعبودية ضمن سلامة نفسه والمشترى اعتمد على امره واقراره انه عبده اذالقول قوله فى الحرية فيجعل ضامنا للثمن عند تعذر رجوعه على البايع دفعا للغرر والضرر (ورجع) العبد (على البايع) بالثمن (اذا حضر) لانه قضى دينا عليه وهو مضطر فيه فلايكون متبرعا وعند ابى يوسف لايرجع المشترى على العبد بشئ لان ضمان الثمن بالمعاوضة او بالكفالة فلم توجد منهما كما قال اشترنى اوقال انا عبد ولم يزد على ذلك فانه لارجوع عليه بشئ بالاتفاق كما فى الفتح لكن فى العتابية مايخالفه فلينظر ثمه (وان قال ارتهنى) فانا عبد فارتهنه (فاذا هو حر فلاضمان اصلا) سواء كان البايع حاضرا اولا وسواء كان مكانه معلوما اوغير معلوم لان الرهن لم يشرع معاوضة وموجب الضمان هو الغرور فى المعاوضة (ومن ادعى حقا مجهولا فى دار) فانكر المدعى عليه ذلك (فصولح) من الحق المجهول (على شئ) كمائة درهم مثلا فاخذه المدعى (فاستحق بعضها) اى بعض الدار (فلارجوع عليه) اى على المدعى بشئ من البدل لجواز ان يكون دعواه فيما بقى وان قل فما دام فى يده شئ لم يرجع (ولو استحق كلها) اى كل الدار التى ادعاها (رد) اى رد المدعى (كل العوض) للتيقن بانه اخذ عما لايملكه فيرده (وفهم منه) اى من المذكور (صحة الصلح عن المجهول) على معلوم وفهم منه ايضا عدم اشتراط صحة الدعوى لصحة الصلح وفى المنح استفيد مما تقدم من الحكم شيئان احدهما ان الصلح عن المجهول جائز لانه لايفضى الى المنازعة الثانى ان صحة الصلح لايتوقف على صحة الدعوى لصحته هو دونها حتى لو برهن لم تقبل الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه به قيد بالمجهول لانه لو ادعى قدرا معلوما كربعها لم يرجع مادام فى يده ذلك المقدار وان بقى اقل منه رجع بحساب ما استحق والمص اقتصر بالاولى فقد قصر تدبر (ولو) كان المدعى (ادعى كلها) اى كل الدار (فصولح) على شئ كمائة مثلا (ثم استحق) شئ منها (رد) اى المدعى (حصة مايستحق ولو) كان المستحق (بعضا) من الدار لان الصلح على مائة وقع عن كل الدار فاذا استحق منها شئ تبين ان المدعى لايملك ذلك فيرد بحسابه من العوض كما فى اكثر المعتبرات فعلى هذا ان الواو فى ولو زائدة لان المعنى حينئذ اوكان المدعى ادعى كلها فصولح على شئ ثم استحق الكل رد المدعى حصة مايستحق وليس كذلك بل يرد حينئذ كل العوض كما مر آنفا بل المراد ههنا رد المدعى حصة مايستحق

لوكان المستحق بعضا تدبر ثم ذكر احكام الفضولى بلافصل فقال (ولمن باع فضولى) هو نسبة الى الفضول جمع الفضل اى الزيادة وفى المغرب وقد غلب جمعه على مالاخير فيه قيل فضول بلافضل ثم قيل لمن يشتغل بمالايعنيه فضولى وهو فى اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل وفتح الفاء خطاء كما فى البحر (ملكه) مفعول باع (ان يفسخه) مبتدأ مؤخر خبره لمن (وله) اى للمالك (ان يجيزه) يعنى ينعقد بيعه موقوفا على اجازة المالك بالشرائط الاربعة كما فى البحر وبينها بقوله (بشرط بقاء العاقدين) اى وله ان يجيزه ان شاء بشرط بقاء البايع والمشترى اما شرط بقاء البايع فلان حقوق العقد لم يلزمه حال حيوته فلايلزمه بعد وفاته واما بقاء المشترى فلان الثمن لم يلزمه فى حال حيوته فكيف لزمه بعد وفاته (و) بشرط بقاء (المعقود عليه) اى المبيع والمراد بكون المبيع قائما ان لايكون متغيرا بحيث يعد شيئا آخر لان الملك لم ينتقل اليه بالعقد فلاينتقل بعد هلاكه وفى البحر ولولم يعلم حال المبيع وقت الاجازة من بقائه وعدمه جاز البيع فى قول ابى يوسف اولا وهو قول محمد لان الاصل بقاؤه ثم رجع وقال لايصح مالم يعلم بقاؤه (و) بشرط بقاء (المالك الاول) لانه بموته يبطل العقد الموقوف فبعد ذلك لايفيد اجازة الوارث وانما جاز بيع الفضولى عندنا لان ركن التصرف صدر من اهله مضافا الى محله ولاضرر فى انعقاده موقوفا فينعقد وليس فيه ضرر على المالك لانه مخير فاذا رأى المصلحة فيه انفذه والافسخه بل له فيه منفعة حيث يسقط عنه مؤنة طلب المشترى وقرار الثمن و يسقط رجوع حقوق العقد اليه فثبت للفضولى القدرة الشرعية احرازا لهذه المنافع على ان الاذن له ثابت دلالة لان كل عاقل يرضى بتصرف يحصل له به النفع خلافا للشافعى اذ عنده تصرفات الفضولى باطلة كلها وقيد المص بالاول مستدرك لاطائل تحته تتبع (وكذا) بشرط بقاء (الثمن ان كان) الثمن عرضا لان العرض يتعين بالتعيين فصار كالمبيع فيشترط بقاؤه و بهذا يفهم ان الثمن ان كان دينا يحتاج الى اربعة اشياء وان كان (عرضا) يحتاج الى خمسة اشياء فلاوجه بالحصر الى الاربعة كما قيل تدبر (واذا اجاز) المالك عند قيام الخمسة المذكورة جاز البيع (فالثمن العرض ملك للفضولى) اى ان كان الثمن عرضا كان مملوكا للفضولى واجازة المالك اجازة نقد لا اجازة عقد لانه لما كان العرض متعينا كان شراء من وجه والشراء لايتوقف بل ينفذ على المباشر ان وجد نفاذا فيكون ملكا له وباجازة المالك لاينتقل اليه بل تأثير اجازته فى النقد لافى العقد (يجب عليه) اى يجب على الفضولى (مثل المبيع لو) كان (مثليا والا) اى وان لم يكن مثليا (فقيمته) لانه لما صار البدل له صار مشتريا لنفسه بمال الغير مستقرضا له

فی ضمن الشراء فیجب علیه رده کما قضی دینا بمال الغیر واستقراض غیر المثلی جائز ضمنا وان لم یجز قصدا (وغیر العرض) یعنی ان کان الثمن فی بیع الفضولی دینا غیر عرض کالدراهم والدنانیر والفلوس والکیلی والوزنی بغیر عینهما فاجاز المالك البیع حال بقاء الاربعة جاز البیع وهو ای الثمن (ملك للمجیز امانة فی ید الفضولی) بمنزلة الوکیل حتی لایضمن بالهلاك فی یده سواء هلك بعد الاجازة اوقبله لان الاجازة اللاحقة کالوکالة السابقة (و للفضولی ان یفسخ قبل اجازة المالك) دفعا للحقوق عن نفسه لان حقوق البیع ترجع الیه بخلاف الفضولی فی النکاح حیث لایکون الفسخ له قبل الاجازة لان الحقوق لاترجع الیه (وصح اعتاق المشتری) اسم مفعول اوفاعل صلته (من الغاصب اذا اجیز البیع) یعنی لو غصب عبدا فباعه ثم اعتقه المشتری من الغاصب ثم اجاز المولی البیع صح العتق استحسانا عن المشتری عند الشیخین (خلافا لمحمد) وزفر وهو روایة عن ابی یوسف وهو القیاس لانه لاعتق بدون الملك وجه الاستحسان ان الملك یثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولاضرر فیه فیتوقف الاعتاق مرتبا علیه وینفذ بنفاذه (ولایصح بیعه) ای بیع المشتری من الغاصب عند اجازة المغصوب منه البیع الاول لان بالاجازة یثبت للبایع ملك بات فاذا طرأ علی ملك موقوف ابطله لاستحالة الملك البات والملك الموقوف فی محل واحد (ولو قطعت یده) ای ید العبد الذی باعه الفضولی (عند المشتری فاجیز) ای اجاز المالك البیع (فارشه) ای ارش ید العبد (له) ای لمشتریه لان الملك ثبت له من وقت الشراء فتبین ان القطع ورد علی ملکه وعلی هذا کل ما یحدث من البیع کالکسب والولد والعقر قبل الاجازة یکون للمشتری وکذا الحکم فی ارش جمیع جراحاته فذکر الید مثال وهو لایخص کما لایخفی وفیه سؤال وجواب فی المنح وغیره فلیطالع (ویتصدق) المشتری (بما زاد) من ارش الید (علی نصف ثمنه) ای ثمن العبد وجوبا لان فیه شبهة عدم الملك لانه غیر موجود حقیقة وقت القطع وارش الید الواحدة فی الحر نصف الدیة وفی العبد نصف القیمة والذی دخل فی ضمانه هو ما کان بمقابلة الثمن فیما زاد علی نصف الثمن شبهة عدم الملك فیتصدق به وجوبا او ورد وجوب التصدق بالزائد کما هو ظاهر ما فی الفتح وقید بما زاد لانه لایتصدق بالکل وان کان فیه شبهة عدم الملك لکونه مضمونا علیه بخلاف ما زاد ووزع فی الکافی فقال ان لم یکن مقبوضا ففیما زاد ربح ما لم یضمن وان کان مقبوضا ففیه شبهة عدم الملك کما فی البحر (ومن اشتری عبدا من غیر سیده ثم اقام) المشتری (البینة) بعد ما ادعی علی البایع انه اقر قبل البیع بانی ابیع بغیر

امر مولاه اوبعد البيع بانى بعت بغير امره اوعلى المولى انه اقر بعدم امر البيع (على اقرار البايع) الفضولى (اوالسيد) حال ارادة رد العبد على الاقرار (بعدم الامر) ببيع العبد المذكور (واراد) المشترى (رده) اى العبد (لاتقبل) بينته لبطلان دعواه بالتنا قض اذا قدامهما على العقد اعتراف منهما بصحته ونفاذه لان الظاهر من حال المسلم العاقل مباشرة العقد الصحيح النافذ والبينة لاتبتنى الاعلى عوى صحيحة فاذابطلت الدعوى لاتقبل كالواقام البايع البينة انه باع بلاامراوبرهن على اقرار المشترى بذلك فانه لاتقبل (ولو اقرالبايع) الفضولى (بذلك) اى بعدم امر رب العبد (عند القاضى فله) اى للمشترى (الرد) ان طلب المشترى ذلك لان التناقض لايمنع صحة الاقرار لعدم التهمة فللمشترى ان يساعده فيتفقا ن فينتقض فى حقهما وهو المراد ببطلان البيع فى عبارته لا فى حق رب العبد ان كذ بهما وادعى انه كان امره فاذالم ينفسخ فى حقه يطالب البايع بالثمن عندهما لانه وكيله وليس له مطالبة المشترى لبراءته بالتصادق وعندابى يوسف له ان يطالبه فاذا ادى رجع به على البايع بناء على براءة الوكيل وتمامه فى البحر فليراجع (ولو اشترى دارا من فضولى وادخلها) المشترى (فى بنائه فلا ضمان على الفضولى) عند الامام وهوقول ابى يوسف آخرا (خلافا لمحمد) وهو قول ابى يوسف اولاوفى البحر يعنى اذا اقر البايع بالغصب وانكر المشترى لان اقراره لايصدق على المشترى ولابد من اقامة البينة لا الى عقدالبايع لان الغاصب لايجوز بيعه فعلى هذا يعلم ان قوله وادخلها المشترى فى بنائه اتفاقى وانماذكر ليعلم حكم غيره بالاولى واراد بالدار العرصة بقرينة ادخلها فى بنائه

باب السلم

لما كان من انواع البيوع ولكن شرط فيه القبض كالصرف اخرهما وقدمه على الصرف لان الشرط فى الصرف قبضهما وفى السلم قبض احدهما فهو بمنزلة المفرد من المركب وهو فى اللغة عبارة عن نوع بيع يعجل فيه الثمن قيل وفى اصطلاح الفقهاء هو اخذ عاجل بآجل وفى البحر نقلا عن الفتح ليس بصحيح لصدقه على البيع بثمن موءجل وعرفه او لابيع آجل بعاجل والظاهر ان قولهم اخذ عاجل بآجل تحريف من النساخ الجهلة فاستمر النقل على هذا التحريف انتهى وعن هذا قال (وهو بيع آجل بعاجل) لكن يجوز ان يقال المراد اخذ ثمن عاجل بآجل بقرينة المعنى اللغوى اذ الاصل عدم التغيير الاان يثبت بدليل كما قاله بعض الفضلاء وفى الدرر وهو مشروع

بالكتاب وهو قوله تعالى اذا تداينتم بدين الآية فانها تشمل السلم والبيع بثمن مؤجل وتأجيله بعد الحلول والسنة وهي قوله عليه السلام من اسلم منكم فليسلم فى كيل معلوم وزن معلوم الى اجل معلوم والاجماع ويأباه القياس لانه بيع معدوم لكنه ترك لماذكر ولم يستدل بماروى انه عليه السلام نهى عن بيع ماليس عند الانسان ورخص فى السلم لان محمد بن العز الحنفى قال فى حواشي الهداية هذا اللفظ هكذا لم يرو من احد من الصحابة فى كتب الحديث وكأنه من كلام واحد من الفقهاء انتهى (ويصح) السلم (فيما امكن ضبط صفته) اى جودته ورداءته ونحو ذلك (ومعرفة قدره) اى مقداره اعم من الكيل والوزن والذرع لانه لايفضى الى المنازعة وفى البحر السلم فى العنب الفلانى فى وقت كونه حصرما لايصح والسلم فى التفاح الشامى قبل الادراك يصح لانه يسمى تفاحا (لافى غيره) اى ومالايمكن ضبط صفته ومعرفة قدره لايصح السلم فيه لانه يفضى الى المنازعة وهذه قاعدة كلية تبتني عليها كثير مسائل السلم فشرع المص فى ذكر بعضها لتعرف باقيها بالتأمل فيها فقال مفرعا بما عليها (فيصح) السلم كما فى الفرائد لكن لما كان المص شرع ان يبين الفصلين بالفاء فالاولى ان تكون تفصيلية تدبر (فى المكيل) كالبر والشعير (والموزون كالعسل والزيت (سوى النقدين) من الدراهم والدنانير لانهما موزون ولكنهما غير مثمنين بل خلقا ثمنين فلايجوز السلم فيهما (و) يصح (فى العددى المتقارب) وهو مالايتفاوت آحاده (كالجوز والبيض عددا وكيلا) لانه معلوم مضبوط مقدور التسليم ومافيه من التفاوت يهدر عرفا ولاخلاف فى جوازه عددا وانما الخلاف فيه كيلا فعندنا يجوز ومنعه زفر كيلا وعنه منعه عدا ايضا للتفاوت وانما جاز كيلا عندنا لوجود الضبط فيه قيد بالمتقارب ومنه الكمثرى والمشمش والتين لان العددى المتفاوت لايجوز السلم فيه وماتفاوتت ماليته متفاوت كالبطيخ والقرع والرمان والسفرجل وغيرها فلا يجوز السلم فى شئ منها عددا للتفاوت الااذا ذكر ضابطا غير مجرد العدد كطول وغلظ وغير ذلك كما فى البحر وغيره لكن فى شرح المجمع وذكر فى المختلف يجوز السلم فى الجوز والبيض عددا وكيلا ووزنا وقال زفر يجوز كيلا ووزنا وكذا ذكر فى المبسوط وفى فتاوى الافطس اجمعوا على ان السلم يجوز فى الجوز كيلا وفى البيض وزنا انتهى فعلى هذا يظهر مخالفة مافى البحر وغيره من انه منعه زفر كيلا تدبر (وكذا الفلوس) اى يصح السلم فيها عددا لان الثمنية فيها ليست خلقية وانما هي بالاصطلاح فللعاقدين ابطالها (خلافا لمحمد) لانها اثمان وفى البحر وظاهر الرواية عن الكل الجواز واذا بطلت ثمنيتها لا يخرج عن العد الى الوزن للعرف

الان يهدره اهل العرف كما هو فى ديارنا وقد كانت قبل هذه الاعصار عددية فى ديارنا ايضا انتهى فعلى هذا يكون اختيار المص غير الطاهر فلهذا قال خلافا لمحمد لكن الاولى ان يقول وعن محمد تدبر (وفى اللبن) بفتح اللام وكسر الباء وهو الطوب النى وشرط فى الخلاصة ذكر المكان الذى يعمل فيه اللبن (والآجر) بضم الجيم وتشديد الراء مع المد هو اللبن اذا طبخ (اذا سمى ملبن) بكسر الميم وفتح الباء قالبهما (معلوم) لان التفاوت حينئذ يكون اقل (و) يصح السلم (فى المذروع كالثوب ان بين طوله وعرضه ورقته) اى غلظه ورقته وفى المنح وصفته اى من قطن اوكتان اومركب منهما او هو الملحم او حرير ونحو ذلك وصنعته كعمل الشام اوالروم لانه يصير معلوما بذكر هذه الاشياء فلا يؤدى الى النزاع قيل هذا اذا كان الثوب غير الحرير اذ لو كان حريرا لابد ايضا من بيان وزنه (و) يصح (فى السمك المليح) اى القديد بالملح (وزنا ونوعا معلومين) لانه لاينقطع وهو معلوم يمكن ضبطه ببيان قدره بالوزن وبيان نوعه (وكذا الطرى فى حينه فقط) اى يصح فى سمك طرى حين يوجد غير مقيد بوقت دون وقت حتى لو كان فى بلد لاينقطع يجوز مطلقا وزنا ونوعا (ولا يجوز) السلم (فيهما) اى المليح والطرى (عددا) لتفاوت آحاده بالكبر والصغر وعن الامام ان السمك لايصح لاطريا ولامليحا لانه لحم فصار كالسلم فى اللحم وفى الايضاح والصحيح من المذهب ان السمك الصغار يجوز السلم فيه كيلا ووزنا وفى الكبار روايتان ولا فرق بين الطرى والمليح (ولا) يصح السلم (فى الحيوان) طائرا اوغيره لتفاوت آحاده خلافا للشافعى اذ عنده يجوز اذا كان موصوفا لامكان الضبط بمعرفة النوع واللون والوصف والسن (واطرافه) كالرؤس والاكارع (ولا فى جلوده عددا) لكون التفاوت فى الصغر والكبر وعند مالك يجوز فى الرؤس والجلود عددا للتقارب وفى العناية ولايتوهم انه يجوز وزنا لقيد عددا لان معناه انه عددى فحيث لم يجز عددا لم يجز وزنا بالطريق الاولى لانه لايوزن عددا وفى الذخيرة ان بين للجلود ضربا معلوما يجوز لانتفاء المنازعة حينئذ (ولا) يصح (فى الحطب حزما ولاالرطبة جرزا) لان هذا مجهول لايعرف طوله وغلظه حتى اذا عرف ذلك بان بين الحبل الذى يشد به الحطب والرطبة وبين طوله وضبط ذلك بحيث لا يؤدى الى النزاع جاز ولو قيد الوزن فى الكل صح كما فى الفتح (و يصح (فى الجوهر والخرز) بالتحريك الذى ينظم لتفاوت آحاده الاصغار اللؤلؤ لو كانت تباع وزنا فيجوز السلم فيها وزنا لان الصغار انما يعلم به (ولا) يصح (فى اللحم طريا) عند الامام (وقالا يصح اذا وصف موضع معلوم منه بصفة

معلومة) وفى البحر وقالا يجوز اذا بين جنسه ونوعه وسنه وموضعه وصفته وقدره لانه موزون مضبوط الوصف كالالية والشحم بخلاف لحم الطيور فانه لا يقدر على وصف موضع منه وله ان يختلف باختلاف كبر العظم وصغره فيؤدى الى المنازعة وفى منزوع العظم روايتان والاصح عدمه ولذا اطلقه فى الكتاب وفى الحقايق والعيون الفتوى على قولهما وهذا على الاصح من ثبوت الخلاف بينهم وقد قيل لا خلاف فمنع الامام فيما اذا اطلق السلم فى اللحم وقولهما فيما اذا بينا واذا حكم الحاكم بجوازه صح اتفاقا (ولا يجوز السلم بكيل او ذراع معين) قيد للكيل والذراع (لا يدرى قدره) اى قدر ذلك الصاع والذراع لاحتمال الضياع فيقع النزاع بخلاف البيع به حالا قيد بكونه لم يدر قدره لانهما لو كانا معلومى المقدار جاز (ولا) يجوز (فى طعام قرية او ثمر نخلة معينة) اذ ربما تعرضهما آفة فلا يمكن التسليم قيد بقرية لانه لو اسلم فى طعام ولاية يجوز لان وصول الآفة طعام كل الولاية نادر وهذا اذا نسب الى قرية ليؤدى من طعامها واما اذا نسب اليها لبيان وصف الطعام فالسلم جائز كما فى شرح المجمع (ولا) يجوز (فيما لا يبقى) فى الاسواق والبيوت (من حين العقد الى حين المحل) بكسر الحاء المهملة مصدر قولهم حل الدين اى الى حين حلول الاجل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل او بالعكس او منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز لقوله عليه السلام لا تسلفوا فى الاثمار حتى يبدو صلاحها ولاحتمال موت المسلم اليه بعد العقد قبل ان يبلغ المحل اذ يحل الاجل ويلزم التسليم والاحتمال فى هذا العقد ملحق بالحقيقة خلافا للشافعى اذ عنده يجوز ان وجد وقت الحلول فلا يلزم الاستمرار (وشرطه) اى شرط جواز السلم تسعة اشياء ذكر المص منها ثمانية الاول (بيان الجنس كبر او شعير و) الثانى بيان (النوع كسقية) بفتح السين وتشديد الياء اى مسقية وهى ماتسقى سيحا (او بخسية) بفتح الباء الموحدة وسكون الخاء المعجمة وهى ماتسقى بالمطر نسبة الى البخس لانها مبخوسة الحظ من الماء بالنسبة الى السيح غالبا (و) الثالث بيان (الصفة كجيد او ردى و) الرابع بيان (القدر نحو كذا رطلا او كيلا بما لا ينقبض ولا ينبسط) فلا يجعل مثل الزنبيل كيلا لاحتمال الزيادة والنقصان و يجعل مثل قربة الماء كيلا عند ابى يوسف للتعامل (و) الخامس بيان (اجل معلوم) اذ السلم لا يجوز الا مؤجلا عندنا وعند الشافعى الاجل ليس بشرط لانه عليه السلام رخص فيه مطلقا ولنا قوله عليه السلام فى آخر الحديث الى اجل معلوم ولانه شرع رخصة للفقراء فلابد من مدة ليقدر على التحصيل والتتميم والايصال والتسليم (واقله) اى اقل الاجل فى السلم

(شهر في الاصح) روى ذلك عن محمد وعليه الفتوى لان مادونه عاجل والشهر ومافوقه آجل بدليل مسئلة اليمين حلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر بر وقيل ثلثة ايام وقيل عشرة ايام وقيل اكثر من نصف يوم وقال صدر الشهيد والصحيح مارواه الكرخي انه مقدر بما يمكن فيه تحصيل المسلم فيه وفي الفتح وهو جدير ان لايصح لانه لاضابط يتحقق فيه وكذا من رواية اخرى عن الكرخي انه ينظر الى مقدار المسلم فيه والى عرف الناس في تأجيل مثله كل هذا تنفتح فيه المنازعات بخلاف المقدار المعين من الزمان انتهى وفي البحر هو جدير بان يصح ويعول عليه فقط لان من الاشياء مالايمكن تحصيله في شهر فيؤدى التقدير به الى عدم حصول المقصود من الاجل وهو القدرة على تحصيله انتهى هذا مسلم ان كان التقدير مخصوصا بالشهر لابالزيادة فليس كذلك لان مانحن فيه اقل بيان الاجل لااكثره حتى يرد عليه قوله ان من الاشياء مالايمكن تحصيله الى آخره لانه ان حصل في الشهر فبها وان لم يحصل فيه واتفقا على زيادة عليه جاز بلا مانع تدبر (و) السادس بيان (قدر رأس المال ان كان كيليا اووزنيا اوعدديا) اى وشرطه بيان قدر رأس المال اذا كان العقد يتعلق على مقداره وان كان مشارا اليه عند الامام (فلا يجوز في جنسين بلا بيان رأس مال كل منهما) يعني اذا اسلم مائة درهم في كر بر وكر شعير ولم يبين رأس مال كل منهما لايصح عنده لان اعلام قدر رأس المال شرط فيقسم المائة على البر والشعير باعتبار القيمة وهي تعرف بالظن فتكون مجهولة حتى لو كان من جنس واحد يصح لان رأس المال منقسم عليهما على السواء (ولا) يجوز السلم (بنقدين بلا بيان حصة كل منهما من المسلم فيه) كما في الوقاية يعني اذا اسلم عشرة دراهم وعشرة دنانير في عشرة اقفز بر لم تجز عنده لان الدراهم والدنانير المذكورة اذا لم تعلم وزنا يلزم عدم بيان حصة كل منهما من المسلم فيه وكذا اذا علم وزن واحد منهما دون الآخر حيث يلزم بطلان العقد في حصة مالم يعلم ويبطل في حصة الآخر للجهالة لكون الصفقة واحدة واعترض بان هذا التصوير انما يستقيم على عبارة الهداية وغيرها حيث قالوا واسلم جنسين ولم يبين مقدار احدهما فعلى هذا يكون غير المبين رأس المال واما في عبارة الوقاية فلكون الظاهر ان غير المبين هو حصة رأس المال من المسلم فيه وبينهما مخالفة ظاهرة انتهى واجاب بعض الفضلاء والحق انه لامخالفة لان بيان الحصة من المسلم فيه بيان رأس المال كما لايخفى تأمل (و) السابع بيان (مكان ايفائه) اى ايفاء المسلم فيه (ان كان له حمل) بفتح الحاء الثقل (ومؤنة) كالحنطة وقيل مالايحمل

الى مجلس القضاء مجانا وقيل مالايمكن رفعه بيدواحدة هذا عند الامام (وعندهما لايشترط معرفة قدر رأس المال اذا كان معينا) لانه صار معلوما بالاشارة كما فى الثمن والاجرة وله ان جهالة قدر رأس المال قديفضى الى جهالة المسلم فيه بان ينفق بعضه ثم يجد بالباقى عيبا فيرده ولايتفق له الاستبدال فى مجلس العقد فينفسخ العقد فى المردود و يبقى فى غيره ولايدرى قدره فيفضى الى جهالة المسلم فيه فيجب التحرز عن مثله والموهوم فى هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافى وفى البحر والاولى ان يعلل للامام بانه ربما لايقدر على المسلم فيه فيحتاج الى رد رأس المال فيجب ان يكون معلوما واما ماذكروه فيندفع بما قدمناه من ان الانتقاد شرط بخلاف ما اذا كان رأس المال ثوبا لان الذرع وصف فيه لايتعلق العقد على مقداره (ولا) يشترط بيان (مكان الايفاء و يوفيه فى مكان عقده) عندهما لان التسليم وجب بالعقد فتعين مكانه له ولانه لايزاحمه مكان آخر فيه فيصير نظير اول اوقات الامكان فى الاوامر وصار كالقرض والغصب وللامام ان التسليم غير واجب فى الحال فلا يتعين بخلاف القرض والغصب واذا لم يتعين فالجهالة فيه تفضى الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف المكان فلابد من البيان وصار كجهالة الصفة وعن هذا قال من قال من المشايخ ان الاختلاف فيه عنده يوجب التحالف كما فى الصفة وقيل على عكسه لان تعين المكان من قضية العقد عندهما كما فى الهداية (ومثله) اى مثل المسلم فيه فى الخلاف فى اشتراط تعيين مكان الايفاء (الثمن) المؤجل الذى لحمله مؤنة كما اذا باع ثوبا بمد حنطة مؤجلة فانه يشترط بيان مكان ايفاء الحنطة عنده فى الصحيح وعندهما يتعين للايفاء مكان العقد فى الثمن وقيل لايشترط فى الكل (والاجرة) كما لو استأجر دارا او دابة بمد بمكيل اوموزون موصوف بالذمة فانه يشترط بيان مكان الايفاء عنده خلافا لهما ويتعين فى اجارة الدار موضع الدار للايفاء وموضع تسليم الدابة فى اجارة الدابة (والقسمة) بان اقتسما دارا وجعلا مع نصيب احدهما شيئا له حمل ومؤنة فعنده يشترط بيان مكان الايفاء وعندهما يتعين مكان العقد (وما لا حمل له) ولامؤنة كالمسك والكافور ونحوهما (يوفيه حيث شاء فى الاصح اتفاقا) قال صاحب الهداية وما لم يكن له حمل ومؤنة لايحتاج فيه الى بيان الايفاء بالاجماع لانه لايختلف قيمته و يوفيه فى المكان الذى اسلم فيه وهذه رواية الجامع الصغير فى البيوع وذكر فى الاجارات يوفيه فى اى مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء ولاوجوب فى الحال ولو عين مكانا قيل لايتعين لانه لايفيد وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق انتهى فعلى هذا قول المص فى الاصح احترازعن رواية

الجامع الصغير وقوله اتفاقا قيد لعدم الاحتياج الى بيان الايفاء وتعيينه اذالم يكن له حمل ومؤنة فلاوجه لماقيل من ان قول المص يوفيه حيث شاء في الاصح اتفاقا لايخ عن شئ لانه يشعر بان الايفاء حيث شاء متفق عليه في الاصح وان ذكر بعضهم انه مختلف فيه وليس الامر كذلك تدبر قيل هذا اذا امكن الايفاء في موضع العقد اذلوكان العقد في لجة البحر اوقلة الجبال يوفيه في اقرب الاماكن من مكان العقد وفي التنوير شرطا الايفاء في مدينة فكل محلاتها سواء في الايفاء حتى لواوفاه في محلة منها برئ (و) الثامن (قبض رأس المال) ولوغير نقد بالتخلية (قبل التفرق) اى قبل تفرق العاقدين بالبدن لان السلم اخذ آجل بعاجل وذلك بالقبض قبل الافتراق فلا يضر القبض بعد مشيهما فرسخا او اكثر اونومهما والافتراق ان يتوارى احدهما عن عين صاحبه حتى لودخل رب السلم بيته لاخراج الدراهم ولم يغب عن عين صاحبه لايكون افتراقا (شرط بقائه) اى بقاء العقد على الصحة لاشرط انعقاده فينعقد صحيحا بدونه ثم يفسد بالافتراق بلا قبض فلوابى المسلم اليه قبضه في المجلس اجبر عليه وفيه اشارة الى ان شرط الخيار مفسد للسلم لانه يمنع تمام القبض والشرط التاسع الذى لم يذكره المص هو القدرة على تحصيل المسلم فيه وزاد صاحب البحر تسعا آخر فليطالع (فلو) تفريع على قوله وقبض رأس المال (اسلم) رجل الى آخر (مائة نقدا ومائة دينا على المسلم اليه في كر بطل) السلم (في حصة الدين فقط) سواء كان العقد مطلقا بان قال اسلمت اليك مائتى درهم في كرحنطة ثم جعلا مائة من رأس المال تقاصا بالدين اومقيدا بان قال اسلمت اليك في مائة نقدومائة دين لى عليك وسواء اضيف الى دراهم بعينها اولا وذلك لفقد ان القبض وانما قال دينا على المسلم اليه لانه لوكان الدين على الاجنبى فهو غير صحيح في حق الكل حتى لونقد الكل من ماله في المجلس لم ينقلب جائزا بخلاف مااذا كان الدين على المسلم اليه فانه بالنقد في المجلس ينقلب الى الجواز وعند زفر السلم باطل في الكل لسريان الفساد (ولايجوز التصرف في رأس المال او المسلم فيه قبل قبضه) اى قبل قبض المسلم اليه رأس المال وقبل قبض رب السلم المسلم فيه (بشركة وتولية) لان المسلم فيه مبيع والتصرف فيه قبل القبض لايجوز ولرأس المال شبه بالمبيع فلا يجوز التصرف قبل القبض ف التولية تمليكه بعوض وفي الشركة تمليك بعضه بعوض فلايجوز وصورة الشركة فيه ان يقول رب السلم لآخر اعطنى نصف رأس المال ليكون نصف المسلم فيه لك وصورة التولية ان يقول اعطنى مثل مااعطيت المسلم اليه حتى يكون المسلم فيه لك وانما خصهما بالذكر لانهما اكثر وقوعا من غيرهما

(ولا) يجوز لرب السلم (شراء شيء من المسلم اليه برأس المال بعد التقايل) في عقد السلم الصحيح بعد وقوعه (قبل قبضه) بحكم الاقالة استحسانا لقوله عليه السلام لا تأخذ الا سلمك اورأس مالك اى لا تأخذ الا ما اسلمت فيه حال قيام العقد اورأس مالك بعد الانفساخ فتركنا القياس عملا به لان النبي عليه السلام جعل حق رب السلم اخذ المسلم فيه قبل الاقالة واخذ رأس المال بعدها ثم لا يجوز الاستبدال قبل الاقالة بالمسلم فيه لئلا يصير قابضا حق غيره فكذا بعدها برأس المال وعند زفر وهو قول الائمة الثلاثة يجوز استبدال رب السلم به شيئا من المسلم اليه قياسا باعتبار سائر الديون (ولو اشترى) المسلم اليه (كرا وامر رب السلم بقبضه) اى بقبض الكر الذى اشتراه ولم يقبضه من البايع (قضاء) اى لاجل القضاء عليه من الكر المسلم فيه (لم يصح) لانه اجتمعت صفقتان السلم وهذا الشراء فلا بد من ان يجرى فيه الكيلان (ولو امر مقرضه بذلك صح) يعنى لو كان الكر قرضا لا سلما فاشترى المستقرض كرا من غيره وامر المقرض بقبضه قضاء لحقه فانه يصح وان لم يعد الكيل لان القرض اعارة وكان المقبوض عين حقه تقديرا فلم يكن استبدالا (وكذا لو امر المسلم اليه رب سلمه بقبضه) اى بقبض الكر منه (له) اى لاجل المسلم اليه (ثم) بقبضه ثانيا (لنفسه) اى لنفس رب السلم (فاكتاله) اى رب السلم (لاجل المسلم اليه ثم اكتاله لنفسه صح) لاجتماع الكيلين (ولو اكتال المسلم اليه في ظرف رب السلم بامره) اى بامر رب السلم (وهو) والحال انه (غائب لا يكون قبضا) لان في السلم لم يصح امر رب السلم بالكيل لان حقه في الدين لا في العين فامره لم يصادف ملكه فالمسلم اليه جعل ملكه في ظرف استعارة من رب السلم قيد بغيبته لانه لو كان حاضرا وكاله المسلم اليه بحضرته وخلى بينه وبين الطعام يصير قابضا لان التخلية تسليم (ولو اكتال البايع كذلك) يعنى لو اشترى من آخر طعاما ودفع المشترى الى البايع ظرفا وامره ان يكيله ويجعله في الظرف ففعل البايع والمشترى غائب (كان قبضا) لانه كان مالكا للعين بالشراء فامره صادف ملكه فيكون قابضا بوضعه في ظرفه وكان البايع وكيلا في امساك الظرف فجعل في يد المشترى حكما لان الوكيل في القبض كالموكل (بخلاف ما لو اكتاله) البايع (في ظرف نفسه) لان المشترى صار مستعيرا ظرفه ولم يقبضه فلم يصح العارية لانها تبرع فلا يتم بلا قبض فلا يصير الواقع فيه واقعا في يد المشترى (او) اكتاله (في ناحية بيته) اى بيت البايع لان البيت ونواحيه في يده فلم يصر المشترى قابضا (ولو) اكتال (العين والدين في ظرف المشترى) بان اشترى رجل من آخر كرا بعقد السلم وكرا معينا بالبيع عند حلول اجل السلم ثم امر

المشتري البايع بان يجعل الكر ين في ظرف المشتري (ان بدأ) البايع هو المسلم اليه (بالعين كان) المشتري هو رب السلم (قابضا) لهما اما في العين فلصحة الامر فيه واما في الدين فلاتصاله بملك المشتري كمن استقرض حنطة وامره ان يزرعها في ارضه وكمن دفع الى صايغ خاتما وامره ان يزيد من عنده نصف دينار (وان بدأ) البايع (بالدين فلا) يكون قابضا لهما عند الامام اما في الدين فلعدم صحة الامر فيه واما في العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكا عنده فينتقض البيع مع ان الخلط غير مرضي به من جهة الامر لجواز ان يكون مراده البداية بالعين فلم يتحقق رضاه حتى يكون شريكاله (وعندهما صح قبض العين فان شاء رضي بالشركة) في المخلوط (وان شاء فسخ البيع) لان الخلط ليس باستهلاك عندهما كما في الهداية وخصه قاضيخان بقول محمد اما عند ابي يوسف اذا بدأ بالدين يصير قابضا لهما كما لو بدأ بالعين ضرورة اتصاله بملكه في الصورتين اذ الخلط ليس باستهلاك وقال محمد يصير قابضا للعين دون الدين فيشتركان فيه ولم يبرأ عن الدين وكذا لو استقرض رجل كرا ودفع اليه غرائره ليكيله فيها ففعل وهو غائب لم يكن قبضا كما في المنح (ولو اسلم امة في كر من بر مثلا) اي جعل امة رأس المال في اشتراء كر بعقد السلم (وقبضت) الامة اي قبضها المسلم اليه (ثم تقايلا) عقد السلم (فماتت) اي ثم ماتت الامة في يد المسلم اليه (قبل ردها) اي الامة الى رب السلم (بقي التقايل) على حاله ولم يبطل بهلاكها ويجب على المسلم اليه (قيمتها) اي الامة (يوم قبضها) اي الامة (ولو ماتت) الامة قبل الاقالة (ثم تقايلا صح التقايل) اي الاقالة بعد موتها ويجب على المسلم اليه قيمتها يوم القبض لان شرط الاقالة بقاء العقد وهو يبقى ببقاء المعقود عليه وهو المسلم فيه وهو باق في ذمة المسلم اليه بعد هلاكها فاذا انفسخ العقد وجب عليه ردها وقد عجز بموتها فيجب عليه قيمتها كما لو تقابضا ثم تقايلا بعد هلاك احدهما او هلك احدهما بعد الاقاله وانما اعتبر يوم القبض لانه سبب الضمان كالغصب (وكذا المقايضة) وهي بيع سلعة بسلعة (في الوجهين) هو الموت بعد التقايل والتقايل بعد الموت لان كل واحد منهما مبيع من وجه وثمن من وجه ففي الباقي يعتبر المبيعية وفي الهلاك الثمنية (بخلاف الشراء بالثمن فيهما) اي اذا اشترى امة بالف ثم تقايلا فماتت في يد المشتري بطلت الاقالة ولو تقايلا بعد موتها فالاقالة باطلة لان المعقود عليه في البيع انما هو الامة ولا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الاقالة ابتداء ولا يبقى انتهاء لانعدام محلها كما في الهداية وفي التنوير تقايلا البيع في عبد فابق من يد المشتري فان لم يقدر المشتري على

تسليمه بطلت الاقالة والبيع بحاله (ولوادعى احد عاقدى السلم بيان الاجل
أو) ادعى (اشتراط الرداءة وانكر الآخر) يعنى لوقال احدهما شرطنا
التأجيل وقال الآخر لم نشترط شيئا اوقال احدهما شرطنا طعاما رديا وقال
الآخر لم نشترط (فالقول لمدعيهما) اى لمدعى الاجل والرداءة (مطلقا)
سواء كان مدعيهما رب السلم اوالمسلم اليه عند الامام لان المدعى يدعى
الصحة فكان القول له وان انكر خصمه اذ الظاهر شاهد له لان العقدالفاسد
معصية والظاهر من حال المسلم التحرز عنه (وقالا للمنكر ان كان) المنكر
(رب السلم فى) الصورة (الاولى) اى القول لرب السلم عندهما اذا ادعى
المسلم اليه التأجيل لانه ينكر حقا عليه وهو الاجل (او) كان المنكر (المسلم
اليه فى) الصورة (الثانية) وهو الرداءة لانه منكر والاصل ان من خرج
كلامه تعنتا فالقول لصاحبه بالاتفاق وان خرج خصومة بان ينكر مايضره
مع اتفاقهما على عقد واحد فالقول لمدعى الصحة عنده وعندهما القول
للمنكر سواء انكر الصحة او غيرها وفى التنوير ولو اختلفا فى مقداره فالقول
للطالب مع يمينه وان برهن قبل وان برهنا قضى ببينة المطلوب وان اختلفا فى
مضيه فالقول للمطلوب لانكاره توجه المطالبة وان برهنا قضى ببينة المطلوب
(والاستصناع) لغة طلب العمل متعد الى مفعولين وشرعا بيع مايصنعه عينا
فيطلب فيه من الصانع العمل والعين جميعا فلوكان العين من المستصنع كان
اجارة لا استصناعا وكيفيته ان يقول لصانع كخفاف مثلا اصنع لى من مالك خفا
من هذا الجنس بهذه الصفة بعشرين (باجل) معلوم كأن يقول شهرا
مثلا (سلم) فيعتبر فيه شرائطه (فيصح فيما امكن ضبط صفته وقدره
تعورف) الاستصناع فيه (اولا) عند الامام لان السلم بالاجل ثابت بالكتاب
والسنة والاجماع مطلقا والاستصناع بالاجل فى عرفهم فلايحمل عليه
وعندهما ان ضرب الاجل فيما تعورف فهو استصناع لان اللفظ حقيقة فيه
فيحفظ على مقتضاه وان ضرب فيما لايتعارف فيه فهو سلم لتعذر جعله استصناعا
ويحمل الاجل فيما فيه تعامل على الاستعجال هذا اذا كانت المدة على سبيل
الاستمهال اما اذا كان على سبيل الاستعجال بان استصنع على ان يفرغ عنه غدا
او بعد غد لايصير سلما بالاجماع وحكى عن الهندوانى انه ان ذكره المستصنع
فليس بسلم وان ذكره الصانع فسلم وقيل ان ذكر ادنى مدة تمكن فيه من العمل
فاستصناع وان كان اكثر فسلم يراعى شرائطه (و) الاستصناع (بلااجل)
معلوم (يصح استحسانا فيما تعورف فيه كخف وطشت وقمقمة) وغير ذلك
من الاوانى (وهو بيع) والقياس ان لايصح لانه بيع المعدوم و به قال زفر

والائمة الثلاثة وجه الاستحسان ان المستصنع فيه المعدوم يجعل موجودا حكما كطهارة المعذور فنزل منزلة الاجماع للتعامل من زمن النبي عليه السلام الى يومنا هذا وهو من اقوى الحجج وقد استصنع رسول الله صلى الله عليه وسلم خاتما ومنبرا فصار كدخول الحمام باجر فانه جاز استحسانا للتعامل وان ابى القياس جوازه لان مقدار المكث وما يصب من الماء مجهول وكذا لو قال لسقاء اعطني شربة ماء بفلس او احتجم باجر (لا عدة) كما ذهب اليه الحاكم الشهيد قائلا اذا جاء مفروغا عنه ينعقد بالتعاطي ولذا يثبت الخيار لكل واحد منهما لكن الصحيح من المذهب جوازه بيعا لان محمدا ذكر فيه القياس والاستحسان وهما لايجريان في المواعدة وفرع على كونه بيعا بقوله (فيجبر الصانع على عمله) ولو كان عدة لم يجبر (ولا يرجع المستصنع عنه) اى عن امره ولو كان عدة لجاز رجوعه (والمبيع هو العين لا عمله) اى الصانع وقال البردعي عمله نظرا الى ان الاستصناع مشتق من الصنع وهو العمل والاول اصح لان المقصود هو العين وذكر الصنعة لبيان الوصف والاحسن ويكون المبيع هو العين لانه معطوف على ما بعد الفاء لا العمل وفرع على كونه العين بقوله (فلو اتى الصانع (بما صنعه) قبل العقد (غيره او بما صنعه هو قبل العقد فاخذه) اى المستصنع العين (صح) ولو كان المبيع عمله لما صح بيعه (ولايتعين المستصنع) بفتح النون (للمستصنع) بكسر النون (بلا اختياره) ورضاه (فيصح بيع الصانع له) اى للمستصنع بفتح النون (قبل رؤيته) ولو تعين له لما صح بيعه (وله اخذه وتركه) اى للمستصنع بكسر النون بعد الرؤية بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه ولاخيار للصانع فيجبر على العمل وعن الامام ان له الخيار دفعا للضرر عنه والصحيح الاول وعن ابى يوسف انه لاخيار لواحد منهما (ولايصح) الاستصناع بلا اجل (فيما لم يتعارف) هو فيه (كالثوب) يعني لو امر حائكا ان ينسج له ثيابا بغزل من عنده بدارهم لم يجز اذ لم يجر فيه التعامل فيبقى على اصل القياس الا اذا شرط فيه الاجل و بين شرائط السلم فح يجوز بطريق السلم وفي البحر دفع مصحفا الى مذهب يذهب من عنده واراه الذهب انموذجا من اعشار واخماس ورؤس الآى واوائل السور فامره رب المصحف ان يذهبه كذلك باجرة معلومة لايصح وفي الخانية رجل استصنع رجلا في شيء ثم اختلفا في المصنوع فقال المستصنع لم تفعل ما امرتك وقال الصانع فعلت قالوا لايمين فيه لاحدهما على الآخر ولو ادعى الصانع على رجل انك استصنعت الى في كذا وكذا وانكر المدعى عليه لايحلف

﴿ مسائل ﴾

خبر مبتدأ محذوف اى هذه مسائل (شتى) جمع شتيت وعبرعنها فى الهداية بمسائل منثورة وعبرفى التنوير بالمتفرقات والمعنى واحد وحاصلها ان المسائل التى تشذعلى الابواب المتقدمة فلم تذكر فيها اذا استذكرت سميت بها متفرقات من ابوابها اومنثورة على ابوابها (يصح بيع الكلب والفهد وسائر السباع علمت) الكلب والفهد والسباع (اولا) عندنا لحصول الانتفاع بهم حراسة اواصطيادا وعن ابى يوسف لايصح بيع الكلب العقور لانه لاينتفع به فصار كالهوام المؤذية وذكر فى المبسوط انه لايجوز بيع الكلب العقور الذى لايقبل التعليم وقال هذا هوالصحيح من المذهب وهكذا يقول فى الاسد اذاكان يقبل التعليم ويصادبه انه يجوز بيعه وان كان لايقبل التعليم والاصطياد به لايجوز والفهد والبازى يقبلان التعليم فيجوز بيعهما على كل حال انتهى واجيب بانه ينتفع بجلده لانه يطهر بالدباغ ويكون المتلف ضامنا لان النبى عليه السلام قضى فى كلب باربعين درهما من غير تخصيصه بنوع وقال الشافعى لايصح بيع الكلب مطلقا وهو قول احمد وبعض اصحاب مالك واما اقتناء الكلب للصيد اولحفظ الزرع اوالمواشى اوالبيوت فجائز بالاجماع كما فى الشمنى واختلفت الرواية عن الامام فى القرد وكره عند ابى يوسف وجاز عند محمد والفيل كالهرة فى جواز بيعه وفى البزازية وشراء السباع جائز ولحمها لاوبيع الفيل جائز وفى التجنيس ان المختار للفتوى جواز بيع لحم المذبوح من السباع وكذا الكلب والحمار لانه طاهر وينتفع به فى اطعام سنورة بخلاف الخنزير لانه نجس العين وفى التخصيص اشعار بعدم جواز هوام الارض كالحية والعقرب ودواب البحر غير السمك كالضفدع والسرطان لان جواز البيع يدور مع حل الانتفاع وحرمة الانتفاع بها وقال بعضهم ان بيع الحية يجوز اذا انتفع بها للادوية ولايخفى ان هذه المسئلة مستدركة بما مر فى البيع الفاسد كما فى القهستانى لكن فى البحر وبيع غير السمك من دواب البحر ان كان له ثمن كالسنقور وجلود الخز ونحوها يجوز والافلا (والذمى فى البيع كالمسلم) لانه مكلف بمثل هذه الاحكام كالمسلم بمعنى ان مايحل لنايحل لهم وان ما يحرم علينا يحرم عليهم فى العقود لقوله عليه السلام فلهم ماللمسلمين وعليهم ماعلى المسلمين بعد اداء الجزية (الافى) بيع (الخمر فانها) اى الخمر (فى حقه) اى فى حق الذمى (كالخل) فى حقنا (و) الا (فى الخنزير) فانه (فى حقه كالشاة) فى حقنا وفى البحر لايمنعون من بيع الخمر والخنزير اما على قول بعض مشايخنا فانه يباح الانتفاع بهما شرعا لهم فكان مالا فى حقهم وعن البعض حرمتهما ثابتة على

العموم فى حق المسلم والكافر لان الكفار مخاطبون بالشرايع فى الحرمات وهو الصحيح من مذهب اصحابنا فكانت الحرمة ثابتة فى حقهم لكنهم لايمنعون عن بيعهما لانهم لايعتقدون حرمتهما ويتمولون بهما وقدامرنا بتركهم ومايدينون (ومن زوج مشريته) لآخر (قبل قبضها جاز) لثبوت الولاية عليه بالشراء لانه سبب الملك فيجعل التصرف بالتزويج فى المبيع المنقول قبل القبض كالاعتاق والتدبير فى عدم الانفساخ بخلاف التصرف بمثل البيع قبل القبض اذهو ينفسخ بهلاك المبيع قبل قبضه (فان وطئت) اى ان وطئها زوجها (كان) المزوج (قابضا لها) لان وطىء الزوج حصل بتسليط المشترى فصار منسوبا اليه كأنه فعله بنفسه (والا) اى وان لم يطأها الزوج (فلا) يكون قابضا اذ بمجرد التزويج لايتحقق القبض والقياس ان يتحقق وهو رواية عن ابى يوسف لانه تعييب حكمى فيعتبر بالتعييب الحقيقى وجه الاستحسان ان فى الحقيقى استيلاء على المحل وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمى فافترقا وفى التنوير فلو انتقض البيع بطل النكاح فى المختار (ومن اشترى شيئا) منقولا (فغاب) المشترى قبل قبض المبيع ونقد الثمن (غيبة معروفة) بان علم مكانه فاقام بايعه بينة انه باعه منه (لايباع) ذلك الشىء (فى دين بايعه) اى لم يبعه القاضى فى دين البايع لانه يتوصل الى حقه بالذهاب اليه فلا حاجة الى بيعه لان فيه ابطال حق المشترى فى العين (وان لم تكن) غيبة (معروفة) بان لم يعلم مكانه وطلب بيعه بثمنه (يباع فيه) اى فى الثمن (اذا برهن انه باعه منه) اى من الغائب (اذا لم يكن قبضه) الغائب لان القاضى نصب لكل من عجز عن النظر ونظرهما فى بيعه لان البايع يصل به الى حقه ويبرأ من ضمانه والمشترى ايضا يبرأ ذمته من دينه ومن تراكم نفقته فاذا انكشف الحال عمل القاضى بموجب اقراره فلايحتاج الى خصم حاضر وانما يحتاج اذا كانت البينة للقضاء لان البينة هنا ليست للقضاء على الغائب وانما هى لنفى التهمة وانكشاف الحال وهذا لان الشىء فى يده وقد اقربه للغائب على وجه يكون مشغولا بحقه فيظهر الملك للغائب على الوجه الذى اقربه ولايقدر البايع ان يصل الى حقه كالراهن اذا مات مفلسا والمشترى اذا مات مفلسا قبل القبض فان فضل شىء من الثمن يمسك للغائب وان نقص يرجع البايع على المشترى اذا ظفر وقيدنا بالمنقول احترازا عن العقار فان القاضى لايبيعه كما فى النهاية (وان غاب احد المشتريين) بان اشتراه رجلان فغاب احدهما والمسئلة بحالها (فللحاضر دفع كل الثمن وقبض المبيع وحبسه) اى حبس المبيع عن شريكه (اذا حضر) الغائب (حتى ينقد) شريكه (حصته) لانه مضطر

اذ لايمكنه الانتفاع بنصيبه الابأداء جميع الثمن لان البيع صفقة واحدة وله حق الحبس مابقي منه شيء والمضطر يرجع واذا كان له ان يرجع عليه كان له الحبس عند الطرفين الى ان يستوفي حقه ولو حبس لايصير غاصبا وعند ابي يوسف كان متطوعا فيما ادى عن صاحبه لانه قضى دين غيره بغير امره فلا يرجع عليه وليس له الحبس ويصير غاصبا به فهلك بالقيمة قيل هذا اذا كان الثمن حالا اما اذا كان مؤجلا فليس للحاضر دفعه وان حل الاجل (وان اشترى) شيئا (بالف مثقال ذهب وفضة فهما) اي الذهب والفضة (نصفان) اي يجب خمسمائة مثقال من الذهب وخمسمائة مثقال من الفضة لانه اضاف المثقال اليهما على السواء ويشترط بيان الفضة من الجودة وغيرها بخلاف مالو قال من الدراهم والدنانير فانه لايحتاج الى بيان الصفة وينصرف الى الجياد (وان قال بالف من الذهب والفضة فمن الذهب خمسمائة مثقال ومن الفضة خمسمائة دراهم وزن سبعة) اي كل عشرة منها وزن سبعة مثا قيل لاضافة الالف المبهم اليهما فيصرف الى الوزن المتعارف المعهود في كل واحد منهما وفيه اشارة الى انه لو قال لفلان على كر حنطة وشعير وسمسم فانه يجب من كل جنس ثلث الكر وهكذا في المعاملات كلها كما في البحر وفي الفتح في الدراهم ينصرف الى الوزن ا ه ود ويجب كون هذا اذا كان المتعارف في بلد العقد في اسم الدرهم ما يوزن سبعة والمتعارف في بعض البلاد الآن كالشام والحجاز ليس كذلك بل وزن ربع وقيراط من ذلك الدرهم واما في عرف مصر لفظ الدرهم ينصرف الآن الى وزن اربعة دراهم بوزن سبعة من الفلوس الا ان يقيد بالفضة فينصرف الى درهم بوزن سبعة فان ما دونه ثقل اوخف يسمونه نصف فضة (ومن قبض زيفا بدل جيد غير عالم به) اي بالزيف (فانفقه اوهلك فهو قضاء) وبرئ ولا رجوع عليه بشيء عند الطرفين لان ايجاب رد الزيف لاخذ الجيد ايجاب له عليه بالنسبة الى شيء واحد ومثل هذا التكليف غير معهود في الشرع ولان الزيف بعد الانفاق والهلاك ينوب مناب حقه الجيد (وقال ابو يوسف يرد مثل الزيف ويقضي الجيد) لان حق صاحب الدين يراعى من حيث الوصف لكن لايمكن رعاته بايجاب الضمان في الوصف اذ لاقيمة له عند المقابلة بجنسه فيلزم الرجوع الى الرد بمثل زيفه وذكر فخر الاسلام وغيره ان قولهما قياس وقول ابي يوسف هو الاستحسان فظاهره ترجيح قول ابي يوسف وقيل قوله الانسب للفتوى وفي الاصلاح ومحمد في قوله الاول مع ابي يوسف قيد بالانفاق لانه لو كان قائما يرده ويسترد الجيد عندهم وقيد بغير عالم به لانه لو كان عالما به عند القبض يسقط حقه

بلا خلاف (وان فرخ طير او باض فى ارض) متعلق بهما (او تكنس ظبى فيها) اى تستر ومعناه دخل فى الكناس وهو موضع الظبى وفى بعض النسخ او تكسر اى وقع فى ارض فتكسر رجله ويحترز به عما لو كسره رجل فيها فهو يكون للكاسر لا للآخذ (فهو) اى المذكور من الفرخ والبيض والظبى (لمن اخذه) لانه مباح سبقت يده اليه فكان اولى به الا اذ اهيأ ارضه لذلك فهوله او كان صاحب الارض قريبا من الصيد بحيث يقدر على اخذه لو مد يده فهو لصاحب الارض كما فى البحر وغيره فعلى هذا لو قيده كما قيدنا لكان اولى تدبر (وكذا صيد تعلق بشبكة منصوبة للجفاف) لا للاصطياد يعنى يكون هو للآخذ (اودخل الصيد دارا) يكون ايضا للآخذ (ودرهم اوسكر نثر فوقع) الدرهم او السكر (على ثوب) احد (فان اعده) اى الثوب (صاحبه) اى صاحب الثوب (لذلك) اى لوقوع الدرهم او السكر عليه (او كفه) اى جمع الثوب الى نفسه بعد السقوط وان لم يعد له (او اغلق باب الدار بعد الدخول ملكه) اى صار له بهذا الفعل (وليس للغير اخذه) اذ بالاعداد والكف يظهر انه طالب الاخذ فكان مستحقا وفى البحر نقلا عن الذخيرة ان اغلق الباب على الصيد ولم يعلم لم يصر آخذه مالكا له حتى لو خرج الصيد بعد ذلك فاخذه غيره ملكه (كما لو عسل النحل فى ارضه) اى جعل عسله فى ارض رجل (او نبت فيها شجرا واجتمع تراب بجريان الماء) فهو لصاحب الارض على كل حال وان لم تكن ارضه معدة لذلك لانه من انزال الارض حتى يملكه تبعا ولهذا يجب فى العسل العشر اذا اخذ من ارض العشر ثم انه مهد هنا قاعدة كلية فقال (ما) اى الذى (لا يصح تعليقه بالشرط ويبطله الشرط الفاسد) اربعة عشر شيئا على ما ذكره المص تبعا لصاحب الكنز الاول (البيع) فاذا باع عبدا وشرط استخدامه شهرا مثلا فالبيع فاسد والاصل ان ما كان مبادلة مال بمال فانه لا يصح تعليقه بالشرط الفاسد بالنهى عن بيع وشرط وما كان مبادلة مال بغير مال او كان من التبرعات فانه لا يبطل به لان الشروط الفاسدة من باب الربوا وهو مختص بالمعاوضات المالية دون غيرها من غير المالية والتبرعات ويبطل الشرط فقط واصل اخر ان التعليق بالشرط المحض لا يجوز فى التمليكات ويجوز فيما كان من باب الاسقاط المحض كالطلاق والعتاق وكذا ما كان من باب الاطلاقات والولايات يجوز تعليقه بالشرط الملايم وكذا التحريضات كما فى البحر (و) الثانى (الاجارة) بان آجر داره بشرط ان يقرضه المستأجر ويهدى اليه اوآجره اياها ان قدم زيد فهى فاسدة لانها فى معنى البيع (و) الثالث (القسمة) بان كان للميت دين

على الناس فاقتسموا التركة من الدين والعين على ان يكون الدين لاحدهم والعين للباقين فهي فاسدة لانها في معنى البيع من حيث اشتمالها على الاقرار في المبادلة (و) الرابع (الاجازة) بان باع فضولي عبده فقال اجزته بشرط ان تقرضني او تهدي الي او علقها بشرط لانها بيع معنى كما ذكره العيني ولا خصوصية لاجازة البيع بل كل ما لا يصح تعليقه بالشرط اذا انعقد موقوفا لا يصح تعليق اجازته بالشرط حتى النكاح (و) الخامس (الرجعة) بان قال لمطلقته الرجعية راجعتك على ان تقرضني كذا او ان قدم زيد لانها استدامة الملك فيكون معتبرة بابتدائه كما لا يجوز تعليق ابتدائه لا يجوز تعليقها كما ذكره العيني قال في البحر وهو سهو ظاهر وخطاء صريح وسيأتي ان النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد وان كان لا يصح تعليقه وفصل كل التفصيل فليراجع لكن يفرق بين النكاح والرجعة بانه لا يشترط فيها رضى الزوجة ولا شهود ولا مهر وبانه يجوز عود الامة على الحرة التي تزوجها بعد ما طلق الامة بخلاف النكاح تدبر (و) السادس (الصلح عن مال) اي بمال بان قال صالحتك على ان تسكنني في الدار سنة مثلا لانه معاوضة مال بمال فيكون بيعا (و) السابع (الابراء عن الدين) قال ابرأتك عن ديني على ان تخدمني شهرا او ان قدم فلان لانه تمليك من وجه حتى يرتد وان كان فيه معنى الاسقاط فيكون معتبرا بالتمليكات فلا يجوز تعليقه بالشرط الا اذا علق بكائن كما قال المديون دفعت الى فلان فقال ان كنت دفعت اليه فقد ابرأتك صح لانه تعليق بامر كائن وفي البحر وحاصله ان التعليق بموت الدائن صحيح الا اذا كان المديون وارثا وعلق في مرض موته فيكون مخصصا لاطلاق الكتاب (و) الثامن (عزل الوكيل) بان قال لوكيله عزلتك ان تهدي الي شيئا او ان قدم فلان لانه ليس مما يحلف به فلا يجوز تعليقه بالشرط الفاسد كما ذكره العيني وفي البحر وتعليقه يقتضي عدم صحة تعليقه واما كونه يبطل بالشرط الفاسد فلا دليل عليه من هذا وعندي ان هذا خطاء ايضا فان عزل الوكيل ليس من قبيل ما يبطل بالشرط الفاسد وانما هو من قبيل ما لا يصح تعليقه بالشرط لكن لا يبطل بالشرط الفاسد انتهى وفيه كلام لانه اذا لم يصح تعلقيه بالشرط الفاسد فقد بطل بذلك الشرط الفاسد بمعنى انه اذا وجد ذلك الشرط لم يترتب وجوده عليه كما قال بعض الفضلاء وهو جواب بعينه عما يورد في الرجعة وغيرها تدبر (و) التاسع (الاعتكاف) بان قال اعتكفت ان شفى الله مرضي او ان قدم زيد فلانه ليس مما يحلف به كعزل الوكيل وفي المنح نقلا عن البحر وعندي ان ذكره من هذا القسم خطاء من وجهين من كونه يبطل بالشروط الفاسدة ومن كونه لا يصح

تعليقه اما الثانى فقال فى القنية قال لله على اعتكاف شهر ان دخلت الدار ثم دخل فعليه اعتكاف شهر عند علمائنا فاذا صح تعليقه بالشرط لم يبطل بالشرط الفاسد لكنه ذكر ايجاب الاعتكاف من جملة مالا يصح تعليقه بشرط و يبطل بفاسد وذكر فى شرط البزازية من هذا القسم فقال وتعليق وجوب الاعتكاف بالشرط لا يصح ولا يلزم وقد ناقض الكمال كلامه فانه جعل ايجاب الاعتكاف مما لا يصح تعليقه وعزاه الى الخلاصة ولم ينقل فى رواية مع انه قدم فى باب الاعتكاف ان الاعتكاف الواجب هو المنذور تنجيزا او تعليقا وهو صريح فى صحة التعليق به وتمام تحقيقه فى البحر فليراجع لكن ان مالا يصح تعليقه ومالا يصح هو مع الشرط الفاسد هو الاعتكاف نفسه لا النذر به بل النذر به يصح تعليقه بالشرط و يترتب لزومه على تحقق الشرط فلا يفسده كالنذر بسائر العبادات التى يصح النذر بها بخلاف الوضوء وعيادة المريض كما عرف فى محله وقد ذكروا بعيد هذا ان الوقف لا يصح تعليقه بالشرط ويصح تعليق النذر به فافترقا تدبر (و) العاشر (المزارعة) بان قال زارعتك ارضى على ان تقرضنى كذا او ان قدم فلان لانها اجارة فلا يصح تعليقها بالشرط (و) الحادى عشر (المعاملة) وهى المساقاة بان قال ساقيتك شجرى او كرمى على ان تقرضنى كذا او ان قدم فلان لانها اجارة ايضا (و) الثانى عشر (الاقرار) بان قال لفلان على كذا ان اقرضنى كذا او ان قدم فلان لانه ليس مما يحلف به بخلاف ما اذا علق بموته او بمجئ الوقت فانه يجوز ويحمل على انه فعل ذلك للاحتراز عن الجحود او دعوى الاجل فيلزمه للحال (و) الثالث عشر (الوقف) بان قال وقفت دارى ان قدم فلان لانه ليس مما يحلف به ايضا وفى البحر والوقف فى رواية فظاهره ان فى صحة تعليقه روايتين وفى الفتح وشرطه ان يكون منجزا غير معلق فلو قال ان قدم ولدى فدارى صدقة موقوفة على المساكين فجاء ولده لا يصير وقفا (و) الرابع عشر (التحكيم) بان يقول المحكمان اذا اهل شهر او قالا لعبد او كافر اذا اعتقت او اسلمت فاحكم بيننا (عند ابى يوسف خلافا لمحمد) فانه يجوز تعليقه عنده بشرط واضافته الى زمان كالوكالة والقضاء وله ان التحكيم تولية صورة وصلح معنى فباعتبار انه صلح لا يصح تعليقه ولا اضافته وباعتبار انه تولية يصح فلا يصح بالشك والاحتمال وفى الخانية الفتوى على قول ابى يوسف ولم يتعرض فيه لقول الامام وقد قال بعض شارحى الكنز فانه لا يصح عنده وعليه الفتوى ولم تعرض لقول الامامين (وما) اى الذى (لا يبطله الشرط الفاسد) وهو سبعة وعشرون شيئا على ماذكره المص الاول (القرض) بان قال اقرضتك هذه

المائة بشرط ان تخدمني شهرا مثلا فانه لايبطل بهذا الشرط وذلك لان الشروط الفاسدة من باب الربوا وانه مختص بالمبادلة المالية والعقود كلها ليست بمعاوضة مالية فلا يؤثر فيها الشروط الفاسدة وفي البزازية وتعليق القرض حرام والشرط لايلزم (و) الثاني (الهبة) بان قال وهبت لك هذه الجارية بشرط ان يكون حملها لي (و) الثالث (الصدقة) بان قال تصدقت عليك على ان تخدمني جمعة مثلا (و) الرابع (النكاح) بان قال تزوجتك على ان لايكون لك مهر كما عرف في موضعه (و) الخامس (الطلاق) بان قال طلقتك على ان لاتتزوجي غيري (و) السادس (الخلع) بان قال خالعتك على ان يكون لي الخيار مدة سماها بطل الشرط ووقع الطلاق ووجب المال (و) السابع (العتق) بان قال اعتقتك على اني بالخيار (و) الثامن (الرهن) بان قال رهنت عندك عبدي بشرط ان استخدمه (و) التاسع (الايصاء) بان قال اوصيت اليك على شرط ان تتزوج ابنتي (و) العاشر (الوصية) بان قال اوصيت لك ثلث مالي ان اجاز فلان ذكره العيني وقال في البحر وفيه نظر لانه مثال تعليقها بالشرط والكلام الآن في انها لاتبطل بالشرط الفاسد انتهى لكن فيه كلام لان الشرط الفاسد يصدق مع عدم صحة التعليق ومع الصحة ومعناه انه يفسد لوكان لايجوز التعليق به وهنا يجوز فلم يفسد تدبر (و) الحادي عشر (الشركة) بان قال شاركتك على ان تهديني كذا (و) الثاني عشر (المضاربة) بان قال ضاربتك في الف على النصف في الربح ان شاء فلان او ان قدم زيد ذكره العيني وفي البحر وهو مثال لتعليقها بالشرط وهذا الذي وقع للعيني دليل على كسله وعدم تصفح كلامهم فانه لو اتى بالامثلة التي ذكروها في الابواب لكان انسب انتهى لكن فيه كلام قدقررناه في الوصية تدبر (و) الثالث عشر (القضاء) بان قال الخليفة وليتك قضاء مكة مثلا على ان لاتعزل ابدا (و) الرابع عشر (الامارة) بان قال الخليفة وليتك امارة الشام مثلا على ان لاتركب (و) الخامس عشر (الكفالة) بان قال كفلت غريمك ان اقرضتني كذا ذكره العيني وفي البحر وهو مثال لتعليقها بالشرط انتهى والجواب قدم تدبر (و) السادس عشر (الحوالة) بان قال احلتك على فلان بشرط ان لاترجع عليه عند التوى (و) السابع عشر (الوكالة) بان قال وكلتك ان ابرأتني عن مالك على ما ذكره العيني وفي البحر وهو مثال تعليقها بالشرط انتهى وقدم الجواب تدبر (و) الثامن عشر (الاقالة) بان قال اقلتك عن هذا البيع ان اقرضتني كذا ذكره العيني وفي البحر نقلا عن القنية لايصح تعليق الاقالة بالشرط وتقدم انهما لو تقايلا باقل من الثمن الاول

او بجنس آخر لم تفسد ووجب الثمن الاول وهو مثال انها لا تبطل بالشرط واما ماذكره العيني فاكل تعليقها انتهى وفيه كلام قدم مرارا (و) التاسع عشر (الكتابة) بان قال المولى لعبده كاتبتك على الف بشرط ان لا تخرج من البلد او على ان لا تقابل فلانا او على ان لا تعمل في نوع من التجارة فان الكتابة على هذا الشرط تصح ويبطل الشرط وذلك لان الشرط غير داخل في صلب العقد واما اذا كان داخلا بان كان في نفس البدل كالكتابة على خمر ونحوها فانها تفسد به على ما عرف في موضعه (و) العشرون (اذن العبد في التجارة) بان قال المولى لعبده اذنت لك في التجارة على ان تتجر الى شهر او سنة ونحوهما لانه ليس بعقد بل هو اسقاط والاسقاطات لا تتوقف (و) الحادي والعشرون (دعوة الولد) بان يقول المولى ان كان لهذه الامة حمل فهو مني لان النسب مما يتكلف ويحتاط في ثبوته (و) الثاني والعشرون (الصلح عن دم العمد) بان صالح ولي المقتول عمدا القاتل على شيء بشرط ان يقرضه او يهدي اليه شيئا فان الصلح صحيح والشرط فاسد ويسقط الدم لانه من الاسقاطات ولا يحتمل الشرط وكذا الابراء عنه ولم يذكره اكتفاء به (و) الثالث والعشرون (الجراحة) بان صالح عنها بشرط اقراض شيء او اهدائه وقيد صاحب الدرر بالتي فيها القصاص فان الصلح اذا كان عن الجراحة التي فيها الارش كان من القسم الاول وكذا اذا كان عن القتل الخطأ يكون من القسم الاول (و) الرابع والعشرون (عقد الذمة) بان قال الامام لحربي يطلب عقد الذمة ضربت عليك الجزية ان شاء فلان مثلا فان عقد الذمة صحيح والشرط باطل كما في البحر وهو كما لا يخفى مثال لتعليق عقد الذمة بالشرط والعجب انه اعترض العيني مرارا فغفل عنه تأمل (و) الخامس والعشرون (تعليق الرد بعيب) بان قال ان وجدت بالمبيع عيبا اردده عليك ان شاء فلان مثلا (او بخيار الشرط) وهو السادس والعشرون اي وتعليق الرد به بان قال من له خيار الشرط في البيع رددت البيع او قال اسقطت خياري ان شاء فلان فانه يصح ويبطل الشرط كما في البحر وفيه كلام لان تعليق الرد بالعيب باطل وله الرد بالعيب وفي خيار الشرط صح ما شرط ومثل في الخلاصة للاول بقوله بان قال ان لم ارد هذا الثوب المعيب اليوم عليك فقد رضيت بالعيب وللثاني بقوله لو قال ابطلت خياري اذا جاء غد انتهى ومقتضاه انه اذا قال ذلك بطل خياره اذا جاء غد فقول صاحب البحر يبطل الشرط ليس بظاهر تدبر (و) السابع والعشرون (عزل القاضي) بان قال الخليفة للقاضي عزلتك عن القضاء ان شاء فلان فانه ينعزل ويبطل الشرط كما في البحر لكن يرد عليه بان هذا

مثال للتعليق بالشرط كما مر آنفا والمص لم يذكر ماتصح اضافته الى المستقبل ومالاتصح واقتصر من القاعدة على ماذكره لكن قال فى التنوير والغرر وماتصح اضافته الى المستقبل اربعة عشر الاجارة وفسخها والمزارعة والمعاملة والمضاربة والوكالة والكفالة والايصاء والوصية بالمال والقضاء والامارة والطلاق والعتاق والوقف ومالاتصح اضافته الى المستقبل عشرة البيع واجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال والابراء عن الدين فان هذه الاشياء تمليكات فلاتجوز اضافتها الى الزمان كما لايجوز تعليقها بالشرط لما فيه من معنى القمار

كتاب الصرف

وجه المناسبة بالبيع وتأخيره ظاهر (هو) لغة النقل والزيادة وشرعا هو (بيع ثمن بثمن) اى ماخلق للثمنية (تجانسا) كبيع الفضة بالفضة والذهب بالذهب (اولا) كبيع الذهب بالفضة اوبالعكس ودخل تحت قولنا ماخلق للثمنية بيع المصوغ بالمصوغ او بالنقد فان المصوغ بسبب مااتصل به من الصنعة لم يبق ثمنا صريحا ولهذا يتعين فى العقد ومع ذلك بيعه صرف لانه خلق للثمنية (وشرط فيه) اى فى الصرف اى شرط بقائه على الصحة لاشرط انعقاده وهو الصحيح المختار كما فى البحر (التقابض قبل التفرق) بالابدان حتى لوقاما وذهبا معا فرسخا مثلا فى جهة واحدة ثم تقابضا قبل الافتراق صح وكذا لوطال قعودهما فى مجلس الصرف اوناما او اغمى عليهما فيه ثم تقابضا بخلاف خيار المخيرة اذا لتخيير تمليك فيبطل بما يدل على الرد والقيام دليله والمعتبر افتراق العاقدين حتى لوكان لكل من الرجلين على صاحبه دين فارسل رسولا فقال بعتك الدنانير التى لى عليك بالدراهم التى لك على وقال قبلت فهو باطل لان حقوق العقد تتعلق بالمرسل لابالرسول وكذا لو نادى احدهما صاحبه من وراء جدار اوناداه من بعيد لم يجز لانهما متفرقان بابدانهما كما فى البحر (وصح بيع الجنس بغيره) يعنى الذهب بالفضة او بالعكس مجازفة و بفضل) ان تقابضا فى المجلس لان المستحق هو القبض قبل الافتراق دون التسوية فلايضره الجزاف ولو افترقا قبل القبض بطل لفوات الشرط والمراد بالقبض القبض بالبراجم لابالتخلية (لابيعه) اى بيع الجنس (بجنسه) لامجازفة ولابفضل (الامتساويا) لمامر فى الربوا لقوله عليه السلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا وفى المجازفة احتمال الربوا فلايجوز (وان) وصلية (اختلفا جودة وصياغة) لان المماثلة

في الاوصاف ليست بشرط لقوله عليه السلام جيدها ورديها سواء ولافرق
في ذلك بين ان يكونا مما يتعين بالتعيين كالمصوغ والتبر اولا يتعينان كالمضروب
او يتعين احدهما دون الآخر وفي البحر اذا باع درهما كبيرا بدرهم صغير
او درهما جيدا بدرهم ردي يجوز لان لهما فيه غرضا صحيحا ثم فرعه بقوله
(فان بيع) الجنس بالجنس (مجازفة ثم علم التساوى قبل التفرق جاز) والا فلا والقياس
ان لا يجوز لوقوع العقد فاسدا فلا ينقلب جائزا لكنهم استحسنوا جوازه لان ساعات
المجلس كساعة واحدة وقال زفر اذا عرف التساوى بالوزن جاز سواء كان في المجلس
او بعده وانما قلنا بيع الجنس بالجنس لان وضع المسئلة فيه قال في البحر وغيره لو باع
الجنس بالجنس مجازفة فان علما تساويهما قبل الافتراق صح وبعده لا على ان مسئلة
اختلاف الجنس قد تقدمت آنفا فلا حاجة الى التكرار فعلى هذا ظهر فساد
ماقيل في تفسير قوله فان بيع اى الذهب بالفضة مجازفة ثم علم التساوى قبل
التفرق جاز لاختلاف الجنس تدبر (ولا يجوز التصرف في بدل الصرف قبل
قبضه) اذ كل واحد منهما ثمن من وجه وهذا القدر يكفي في سلب الجواز
لان الشبهات ملحقة بالحقيقة في باب الحرمات ثم فرعه بقوله (فلو باع ذهبا
بفضة واشترى بها) اى بالفضة (ثوبا قبل القبض فسد بيع الثوب) لفوات
القبض الواجب في بدل الصرف ولان الثمن في الصرف مبيع من وجه لعدم
الاولوية والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز قيل لانم عدم الاولوية
فان مادخله الباء اولى بالثمنية واجيب بان ذلك في الاعان الجعاية لا في الاثمان
الخلقية والقياس يقتضي جوازه كما نقل عن زفر (ولو اشترى امة تساوى
(الفا مع طوق) من فضة (قيمته الف بالفين) متعلق باشترى (ونقد) المشترى
من الثمن (الفا فهو ثمن الطوق) لان قبض ثمن الصرف واجب حقا للشرع
وقبض ثمن الامة ليس بواجب فالظاهر هو الاتيان بالواجب (ولو اشتراها)
اى الامة التى معها طوق (بالفين الف نقد والف نسيئة فالنقد ثمن الطوق)
لان التأجيل في الصرف باطل وفي المبع جائز فيصرف الاجل الى الامة دون
الطوق اذ المباشرة على وجه الصحة لا على وجه البطلان ولو اشتراها بالفين
نسيئة فسد في الكل قيد بتأجيل البعض لانه لو اجل الكل فسد البيع في الكل
عند الامام وقالا يفسد في الطوق دون الامة كما في البحر (ومن اشترى سيفا
حليته خمسون) اى تساوى خمسين درهما (بمائة) متعلق باشترى (ونقد
خمسين فهى حصة الحلية وان) وصلية (لم يبين) المشترى حصة الحلية
لان حصة الحلية يجب قبضها في المجلس والظاهر من حال المسلم ان لا يترك
الواجب فيحمل عليه وان لم يبينه ولم ينوه (او قال هى من ثمنهما) لان معنى
قول المشترى خذ هذا من ثمنهما خذ بعضا من ثمن مجموعهما وثمن الحلية

بعض ثمن المجموع فيحمل عليه طلبا للجواز وقيل معناه خذهذا على انه ثمن كل منهما وليس الحال كذلك فيكون من قبيل ذكر الاثنين وارادة الواحد كما قال الله تعالى نسيا حوتهما وقال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد احدهما بخلاف ماااذا لم يذكر المفعول به للامكان وهنا صورتان احديهما ان يبين و يقول خذ هذا نصفه من ثمن الحلية ونصفه من ثمن السيف والثانية ان يجعل الكل من ثمن السيف وفيهما يكون المقبوض ثمن الحلية لانهما شيء واحد فيجعل عن الحلية لحصول مراده هكذا ذكره الزيلعي وفي البحر معزيا الى المبسوط لو قال خذهذه الخمسين من ثمن السيف خاصة وقال الآخر نعم اوقال لاو تفرقا على ذلك انتقض البيع في الحلية لان الترجيح بالاستحقاق عند المساواة في العقد اوالاضافة ولامساواة بعد تصريح الدافع بكون المدفوع ثمن السيف خاصة والقول في ذلك قوله لانه هو المملك فالقول له في بيان جهته وفي السراج لو قال هذا الذى عجلته حصة السيف كان عن الحلية وجاز البيع لان السيف اسم للحلية ايضا لانها تدخل في بيعه تبعا ولو قال هذا من ثمن النصل والجفن خاصة فسد البيع لانه صرح بذلك وازال الاحتمال فلم يمكن حمله على الصحة ويمكن التوفيق بان يحمل ماذكره الزيلعي على ماااذا قال من ثمن السيف ولم يقل خاصة فيوافق مافي السراج واما مافي المبسوط فانما قال خاصة وحينئذ كانه قال خذ هذا عن النصل فليتأمل انتهى قيد بقوله بمائة لانه لو باعه بخمسين او اقل منها لم يجز للربوا وان باعه بفضة لم يدروزنها لم يجز ايضا لشبهة الربوا خلافا لزفر ففي ثلاثة اوجه لايجوز البيع وفي واحد يجوز وهو ماااذا علم ان الثمن ازيد مما في الحلية ليكون ماكان قدرها مقابلا لها والباقي في مقابلة النصل خلافا للائمة الثلاثة هذا اذا كان الثمن من جنس الحلية فان كان من خلافها جاز كيف ماكان لجواز التفاضل ولاخصوصية للحلية مع السيف بل المراد اذا جمع مع الصرف غيره فان النقد لايخرج عن كونه صرفا بانضمام غيره اليه وعلى هذا بيع المزركش والمطرز بالذهب اوالفضة وفي المبسوط وكان محمد بن سيرين يكره بيعه بجنسه و به نأخذ لاحتمال الزيادة والاولى بيعه بخلاف جنسه (وان تفرقا) اى المتعاقدان (بلاقبض) شيء (صح) البيع (في السيف دونها) اى دون الحلية (ان تخلص) السيف عن الحلية (بلاضرر) لانه امكن افراده بالبيع فصار كالطوق والامة (والا) اى وان لم يتخلص بلاضرر (بطل) البيع (فيهما) اى في السيف والحلية لان حصة الصرف يجب قبضها قبل الافتراق فاذا لم يقبضها حتى افترقا فسد فيه لفقد شرطه وكذا في السيف ان كان لايتخلص الا بضرر لتعذر تسليمه بدون الضرر كالجذع في السقف

وفى البحر تفصيل فليراجع (وان باع اناء فضة) بفضة اوذهب (وقبض بعض ثمنه فافترقا) قبل قبض الباقى (صح) العقد (فيما قبض فقط) لوجود شرطه وهو القبض قبل الافتراق و بطل فيما لم يقبض لعدم وجود الشرط (والاناء مشترك بينهما) لان عقد الصرف وقع على كله اولا ثم طرأ الفساد على مالم يقبض وهو لايشيع على ماوجد فيه القبض فحصلت الشركة فى الكل بالتراضى ولم يلزم تفريق الصفقة قبل التمام لان صفقة الصرف تمت بالتقابض ولو فى البعض ولاخيار للمشترى بخلاف هلاك احد العبدين قبل القبض كما فى البحر (وان استحق بعضه) اى بعض الاناء (اخذ المشترى مابقى بحصته اورده) لان الشركة عيب فى الاناء لان التشقيص يضره وكان ذلك بغير صنعه فيتخير بخلاف مامر لان الشركة وقعت بصنعه وهو الافتراق قبل نقد كل الثمن فان اجاز المستحق قبل فسخ الحاكم العقد جاز العقد وكان الثمن له يأخذه البايع من المشترى و يسلمه اليه اذا لم يفترقا بعد الاجازة ويصير العاقد وكيلا للمجيز فتتعلق حقوق العقد به دون المجيز اطلق فى الخيار فشمل ماقبل القبض و بعده كما فى البحر (ولو استحق بعض قطعة نقرة) وهى القطعة المذابة من الذهب او الفضة (اشتراها اخذ) المشترى (الباقى بحصته بلاخيار) لان الشركة ليست بعيب فى النقرة اذلايلزم الانتقاص بالتبعيض فلم يتضرر المشترى بالشركة فيها هذا لوكان الاستحقاق بعد قبضها اما لوكان قبل قبضها فله الخيار لتفرق الصفقة عليه قبل التمام كما فى البحر والدرهم والدينار نظير النقرة لان الشركة فى ذلك لاتعد عيبا (وصح بيع درهمين ودينار بدينارين ودرهم استحسانا) عندنا بصرف الجنس الى خلافه فيقابل الدرهمان بالدينارين والدينار بالدرهم وقال زفر والائمة الثلاثة لايجوز هذا العقد اصلا (و) صح ايضا (بيع كر بر وكرشعير بكرى بر وكرى شعير) بان يجعل كرابر بكر شعير وكراشعير بكر بر ولو صرفا الى جنسه فسد وفى البحر تفصيل فليطالع (و) صح (بيع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار) بان يجعل العشرة بمثلها والدينار بدرهم تصحيحا للعقد وانما ذكر هذه بعد التى قبلها وان كانت قد علمت مما قبلها لبيان انه لايشترط ان يكون الجنسان من الطرفين بل ان كانا فى طرف واحد فكذلك (و) صح بيع (درهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة) للتساوى فى الوزن وسقوط اعتبار الجودة وفيه خلاف زفر والائمة الثلاثة ايضا وفى الاصلاح قد ذكر صاحب الوقاية هنا مسائل من مسائل الربوا ورددناها الى بابها انتهى و يمكن الجواب بان يقال قد شرط التماثل فى الصرف فرارا عن الفضل المؤدى الى الربوا فذكر مسئلة بيع درهمين

ودينار وبيع كربر وبيع درهم صحيح في الصرف لان مبناه على الجواز لا في باب الربوا لكون مبناه على عدم الجواز (و) صح بالاجماع (بيع دينار بعشرة هى) اى العشرة (عليه) ويقع المقاصة بنفس العقد لان الدين لم يجب بعقد بل كان ثابتا قبله وسقط باضافة العقد اليه ولا ربوا في دين سقط (او بعشرة مطلقة) اى صح استحسانا عندنا ان باع الدينار ممن عليه عشرة دراهم ولكن لم يضف العقد الى مافي ذمته بل الى عشرة مطلقة غير مقيدة بكونها عليه (ان دفع الدينار ويتقاصان العشرة بالعشرة) والقياس عدم الجواز وهو قول زفر والائمة الثلثة لكونه استبدالا وجه الاستحسان انهما لما تقاصا انفسخ الاول وانعقد صرف آخر مضافا فتثبت الاضافة اقتضاء كما لو جدد البيع باكثر من الثمن الاول قيل هذا اذا كان الدين سابقا اما اذا كان لاحقا فكذلك يجوز في اصح الروايتين وذلك بان باع دينارا بعشرة دراهم ثم باع مشترى الدينار ثوبا منه بعشرة وتقاصا ثم الظاهر ان قوله ويتقاصان معطوف على قوله ان دفع فيقتضي سقوط نون التثنية الا ان يقال انه استيناف لكنه بعيد ولو قال وتقاصا بصيغة المضي كما وقع في سائر الكتب لكان اسلم تدبر (وما غالبه الفضة او الذهب فضة وذهب) لف ونشر مرتب حكما اذ الحكم في الشرع للغالب لان الغش القليل لا يخرج الدرهم عن الدرهمية والدينار عن الدينارية لان النقود المستعملة بين الناس لا يخ منه ثم فرع بقوله (فلا يجوز بيع الخالص به) اى بغالب الفضة او بغالب الذهب (ولا بيع بعضه ببعض الا متساويا وزنا) استثناء من مجموع مافي حيز قوله فلا يجوز (ولا يجوز استقراضه الا وزنا) كما في الجياد (وما غلب عليه الغش منهما) اى من الذهب والفضة بحيث لا يتميز عن الغش الا بضرر (فهو في حكم العروض) لا في حكم الدراهم والدنانير اذ الحكم للغالب في الشرع ثم فرعه بقوله (فبيعه) اى ما غلب عليه الغش (بالخالص على وجوه حلية السيف) لانه اذا كانت زيادة الخالصة معلومة يجوز البيع لو تقابضا قبل الافتراق وتكون الفضة بالفضة والزيادة في مقابلة الغش هو النحاس وغيره على مثال بيع الزيتون بالزيت اما اذا كانت الخالصة مثل مافي المغشوش او اقل اولم يعلم ايهما اقل فلا يجوز كما هو حكم حلية السيف على مابيناه في موضعه (ويصح بيعه) اى بيع الذى غلب غشه (بجنسه متفاضلا) صرفا للجنس الى خلافه (بشرط التقابض في المجلس) في الصورتين لوجود الفضة من الجانبين ومتى شرط القبض في الفضة اعتبر في النحاس لعدم التميز عنه الا بضرر هذا اذا عرف ان الفضة تجتمع عند اذابة المغشوشة ولا تحترق اما اذا عرف انها تحترق وتهلك كان حكمها حكم النحاس الخالص ولا يجوز

بيعها بجنسها متفاضلا (و) صح التبايع والاستقراض (بما يروج منه) اى من الذى غلب غشه من الذهب والفضة (وزنا) ان كان يروج وزنا (او عددا) ان كان يروج عددا (اوبهما) اى بكل منهما ان كان يروج بهما لان المعتبر فيما لانص فيه العادة (ولايتعين بالتعيين) مادام يروج (لكونه ثمنا) بالاصطلاح فان هلك قبل التسليم لايبطل العقد بينهما و يجب عليه مثله (ولواشترى به) اى بالذى غلب غشه وهو نافق (فكسد) قبل النقد (بطل البيع) عند الامام لان الثمنية ثبتت لها بعارض الاصطلاح فاذا كسدت رجعت الى اصلها ولم تبق فيبطل البيع لبقائه بلاثمن و يجب على المشترى رد المبيع ان كان قائما ومثله اوقيمته ان كان هالكا (وقالا لايبطل البيع) لان الثمن تعلق بالذمة والكساد عرض على الاعيان دون الذمة ولما لم يتمكن من تسليم الثمن لكساده تجب قيمته وعن هذا قال (وتجب قيمته) اى قيمة الذى غلب غشه يوم البيع (عند ابى يوسف) لانه مضمون بالبيع فتعتبر قيمته فى ذلك الوقت كالمغصوب وفى الذخيرة الفتوى على قول ابى يوسف (و) قيمته (آخر ماتعومل به عند محمد) اى قيمته يوم ترك الناس المعاملة لان التحول من رد المسمى الى قيمته انما صار بالانقطاع فتعتبر يومه وحد الكساد ان تترك المعاملة بها فى جميع البلاد وان كانت تروج فى بعض البلاد لايبطل لكنه يتعيب فيتخير البايع وحد الانقطاع ان لايوجد فى السوق وان وجد فى يد الصيارفة او فى البيوت كما فى البحر ولم يذكر فيما نقصت قيمتها قبل القبض اوغلت وفى التنوير ولو نقصت قيمتها قبل القبض فالبيع على حاله بالاجماع ولايتخير البايع وعكسه لوغلت قيمتها وازدادت فكذلك البيع على حاله ولايتخير المشترى ويطالب بنقد ذلك العيار الذى كان وقت البيع (ومالا يروج منه) اى من الذى غلب غشه كالرصاصة والستوقة (يتعين بالتعيين) لزوال المقتضى للثمنية وهو الاصطلاح وينبغى للمص ان يذكر عقيب قوله ولايتعين بالتعيين لكونه ثمنا كما وقع فى سائر الكتب تتبع (والمتساوى الغش كعلو به فى التبايع والاستقراض) فلايجوز البيع به ولااقراضه الابالوزن بمنزلة الدراهم الردية ولاينتقض العقد لان الخالص فيه موجود حقيقة ولم يصر مغلوبا فيجب الاعتبار بالوزن شرعا واذا اشير اليه فى المبايعة كان بيانا لقدره ووصفه ولايبطل البيع بهلاكه قبل القبض ويعطيه مثله لكونه ثمنا لم يتعين كما فى البحر (وكذا فى الصرف) يعنى المتساوى الغش كغلو به فى الصرف ايضا حتى لايجوز بيعه بجنسه متفاضلا (وقيل كغالبه) اى كغالب الغش حتى يجوز بيعه بجنسه متفاضلا ولو باعه بالفضة الخالصة لم يجز حتى يكون الخالص اكثر مما فيه الفضة لانه

لاغلبة لاحدهما على الآخر فيجب اعتبارهما (و يجوز البيع بالفلوس النافقة وان) وصلبة (لم يتعين) لانها اموال معلومة وصارت اثمانا بالاصطلاح فجاز فيها البيع فوجبت فى الذمة كالنقدين ولاتتعين وان عينها كالنقد الااذا قال اردنا تعليق الحكم بعينها فحينئذ يتعلق العقد بعينها بخلاف ما اذا باع فلسا بفلسين باعيانهما حيث يتعين من غير تصريح لانه لولم يتعين لفسد البيع وهذا على قولهما وعلى قول محمد لاتتعين وان صرحا واصله ان اصطلاح العامة لايبطل باصطلاحهما على خلافه عنده وعندهما يبطل فى حقهما كما فى البحر (فان كسدت) اى اشترى بها شيئا فكسدت قبل التسليم (فالخلاف فى كساد المغشوش) يعنى يبطل البيع عند الامام خلافا لهما هكذا ذكر القدورى الخلاف والذى فى الاصل وشرح الطحاوى والاسرار البطلان من غير ذكر خلاف سوى خلاف زفر كما فى اكثر شروح الهداية لكن فى الفتح جواب فحاصله لافرق بين كساد المغشوشة وكساد الفلوس اذ كل منهما سلعة بحسب الاصل ثمن بالاصطلاح فان غالبة الغش الحكم فيها للغالب وهو النحاس مثلا فلو لم ينص على الخلاف فى الفلوس وجب الحكم به (ولواستقرضها) اى الفلوس (فكسدت يرد مثلها) اى اذا كانت هالكة عند الامام واما اذا كانت قائمة فرد عينها بالاجماع لان المردود فى القرض جعل عين المقبوض حكما والا يلزم مبادلة جنس بجنس نسيئة وانه حرام فلايشترط فيها الرواج (وعند ابى يوسف قيمتها) اى قيمة الفلوس (يوم القرض وعند محمد يوم الكساد) وقول ابى يوسف ايسر للفتوى لان يوم القبض يعلم بلا كلفة وقول محمد انظر فى حق المستقرض لان قيمتها يوم الانقطاع اقل وكذا فى حق المقرض بالنظر الى قول الامام لا الى المفتى لان يوم الكساد لايعرف الابحرج (ولايجوز البيع بغير النافقة مالم يتعين) لانها سلعة فلابد من تعيينها (ومن اشترى بنصف درهم فلوس اودانق) بفتح النون وكسرها سدس الدرهم يحتمل ان يكون عطفا على درهم اوعلى نصف وهو الظاهر (فلوس اوقيراط) وهو نصف الدانق (فلوس جاز البيع) عندنا وكذا بثلث درهم اوربعه (وعليه) اى على المشترى (مايباع بنصف درهم اودانق اوقيراط منها) اى من الفلوس فقوله من الفلوس بيان لما يباع لان التبايع بهذا الطريق متعارف فى القليل معلوم بين الناس لاتفاوت فيه فلايؤدى الى النزاع واقتصر النص على مادون الدرهم لانه لواشترى بدرهم فلوس او بدرهمين فلوس لايجوز عند محمد لعدم العرف وجوزه ابو يوسف للعرف وهو الاصح كما فى الكافى (ولودفع الى صيرفى) وهو من يميز الجودة من الرداءة (درهما

وقال اعطنى بنصفه فلوسا و بنصفه نصفا) اى ماضرب من الفضة مايساوى وزن نصف درهم (الاحبة فسد البيع فى الكل) عند الامام لان الفساد قوى فى البعض وهو قوله نصف درهم الاحبة لتحقق الر بوا لانه باع الفضة بالفضة متفاضلا وزن الحبة فيسرى الى البعض الآخر وهو الفلوس لاتحاد الصفقة (وعندهما صح) البيع (فى الفلوس) و بطل فيما يقابل الفضة واصل الخلاف ان العقد يتكرر عنده بتكرار اللفظ وعندهما بتفصيل الثمن حتى لوقال اعطنى بنصفه فلوسا واعطنى بنصفه نصفا الاحبة جاز البيع فى الفلوس و بطل فيما بقى عندهما كما فى البحر وعن هذا قال (ولوكرر اعطنى صح فى الفلوس اتفاقا) لانه لما كرر صار عقدين وفى الثانى ر بوا وفساد احد البيعين لايوجب فساد الآخر وفى المنح قال ابو النصر الاقطع هذا غلط من الناسخ لان العقد فيه فاسد عند الامام وعندهما جائز فى الفلوس فاسد فى قدر النصف الآخر على اختلافهم فى الصفقة الواحدة اذا تضمنت الصحيح والفاسد وفى الفتح اعتراض وجواب فليطالع (ولوقال اعطنى به) اى بالدرهم (نصف درهم فلوس) قال المولى سعدى قال ابن الهمام يجوز فى فلوس الحرصفة لدرهم وصفة لنصف و يجوز على رواية الجر ان يكون صفة للنصف والجر على الجوار (ونصفا الاحبة صح فى الكل والنصف) والاولى بالفاء التفريعية (الا حبة بمثله والفلوس بالباقى) لانه ذكر الثمن ولم يقسمه على اجزاء الثمن فيكون النصف الاحبة فى مقابلة مثله ومابقى من نصف وحبة فى مقابلة الفلوس وفى التنوير والاموال ثلثة ثمن بكل حال وهو النقد ان صحبته الباء اولا قو بل بجنسه اولا ومبيع بكل حال كالثياب والدواب وثمن من وجه مبيع من وجه كالمثليات فانها ان اتصل بها الباء فهى ثمن والا فبيع واما الفلوس فان كانت رايجة الحقت بالثمن والافبا لسلعة ومن حكم الثمن عدم اشتراط وجوده فى ملك العاقد عند العقد وعدم بطلان العقد بهلاك الثمن و يصح الاستبدال به فى غير الصرف والسلم وحكم المبيع خلاف الثمن فى الكل

كتاب الكفالة

عقب البيوع بذكر الكفالة لانها لاتكون الا فى البياعات غالبا ولانها اذا كانت بامر كان فيها معنى المعاوضة انتهاء فناسب ذكرها عقيب البيوع التى هى معاوضة وهى فى اللغة الضم قال الله تعالى وكفلها زكريا اى ضمها الى نفسه وقرئ بتشديد الفاء ونصب زكريا اى جعله كافلا لها وضامنا لمصالحها وفى الشرع (ضم ذمة) اى ذمة الكفيل (الى ذمة) اى الى ذمة الاصيل

(فى المطالبة) وفى المنح واصله ان الكفيل والمكفول عنه صارا مطلوبين للمكفول له سواء كان المطلوب من احدهما هو المطلوب من الآخر كما فى الكفالة بالمال اولا كما فى الكفالة بالنفس فان المطلوب من الاصيل المال ومن الكفيل احضار النفس ولفظ المطالبة باطلاقه ينتظمهما هذا على رأى بعضهم وجزم مسكين فى شرح الكنز بان المطلوب منهما واحد وهو تسليم النفس فان المطلوب عليه تسليم النفس والكفيل قد التزمه اذا علمت هذا ظهر لك انه لايحتاج الى قول صاحب الدرر فى مطالبة النفس او المال او التسليم لان المطالبة تشمل ذلك انتهى لكن فيه كلام لان صاحب الدرر قال بعده وانما اخترت تعريفا صحيحا متنا ولا لجميع الاقسام صريحا ولا صراحة فيما نقل صاحب المنح عن المسكين بل على طريق الشمول والتصريح اولى فى التعريف تدبر (لا فى الدين) كما قاله بعضهم لكنه (هو) اى كونه ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة (الاصح) لان الكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس ولا دين ثمه وكما تصح بالدين تصح بالاعيان المضمونة بنفسها ولانه لما ثبت الدين فى ذمة الكفيل ولم يبرأ الاصيل صار الدين الواحد دينين وهو قلب الحقيقة فلا يصار اليه الا عند الضرورة كما فى العناية وغيرها لكن فيه كلام لان معنى قلب الحقايق عند المحققين انقلاب واحد من الواجب والممتنع والممكن الى الآخر والدين فعل واجب فى الذمة وهو ههنا تمليك مال بدلا عن شئ كما فى القهستانى وقال المولى اخى فى حاشيته تعليل صاحب العناية يعطى عدم صحة الثانى مع ان مقتضى صيغة التفضيل صحته اللهم الا ان يلغى معنى الافضلية فيهما كما صرح به فى شرح المفتاح فكأنه قال الصحيح الاول فاند فع ماذكر صاحب الدرر انتهى هذا مخالف لاصطلاح الفقهاء فانهم لايستعملون الاصح فى معنى الصحيح بل فى مقابلة الصحيح تدبر (ولا تصح) الكفالة (الا ممن يملك التبرع) لانه عقد تبرع ابتداء فلا تصح من العبد والصبى والمجنون لكن العبد يطالب بعد العتق كما فى الخلاصة هذا بيان اهلها وامار كنها فايجاب وقبول بالالفاظ الآتية ولم يجعل ابو يوسف فى قوله الآخر القبول ركنا فجعلها تتم بالكفيل وحده فى المال والنفس وشرطها كون المكفول به مقدور التسليم من الكفيل وفى الدين كونه صحيحا وحكمها لزوم المطالبة على الكفيل بما هو على الاصيل نفسا اومالا والمدعى مكفول له والمدعى عليه مكفول عنه والنفس او المال مكفول به والمكفول عنه والمكفول به فى الكفالة بالنفس واحد (وهى) الكفالة (ضربان) كفالة (بالنفس و) كفالة (بالمال) خلافا للشافعى فى الكفالة بالنفس اذ عنده لاتجوز الكفالة بالنفس فى قول لانه غير قادر على تسليم

المكفول له حيث لا ينقاد له بل يمانعه ويدافعه بخلاف الكفالة بالمال لقدرته على مال نفسه ولنا قوله عليه السلام الزعيم غارم وجه الاستدلال به انه باطلاقه يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها لا يقال لا غرم في كفالة النفس لانا نقول الغرم لزوم ضرر عليه ومنه قوله تعالى ان عذابها كان غراما ويمكن العمل بموجبها بان يخلي بينه وبينه على وجه لا يقدر ان يمتنع عنه اوبان يستعين باعوان القاضي على تسليمه مع ان الظاهر انه انما يتكفل بنفس من يقدر على تسليمه ويتعاقد له وايضا الزام الشئ على نفسه يصح وان كان لا يقدر على الملتزم عليه غالبا كمن نذران يحج الف حجة يلزمه ذلك وان كان لا يعيش الف سنة (فالاولى) اى كفالة النفس (تنعقد بكفلت بنفسه وبرقبته ونحوها) اى نحو الرقبة (مما يعبر به عن) جميع (البدن) عرفا كالبدن والجسد والروح والرأس والوجه والعنق والعين والفرج اذا كانت امرأة بخلاف اليد والرجل او بجزء شايع منه كنصفه اوعشره اوثلثه اوربعه اونحوها لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى فكان ذكر بعضها شايعا كذكر كلها وفي السراج ولو اضاف الجزء اليه بان قال الكفيل كفل لك نصفي اوثلثي فانه لا يجوز (و) تنعقد (بضمنته) اى بقوله ضمنت لك فلانا لانه تصريح بمقتضاه (اوهو على) لان كلمة على للالزام فكانه قال انا ملتزم تسليمه (اوالى) لان الى بمعنى على قال عليه السلام من ترك مالا فلورثته وترك كلا اى يتيما اوعيالا فالى وروى على لكونهما بمعنى (اوانا زعيم) لان الكفيل يسمى زعيما قال الله تعالى حكاية عن صاحب يوسف وانا به زعيم اى كفيل (اوقبيل به) اى بفلان لان القبيل هو الكفيل ولهذا سمى الصك قبالة لانه يحفظ الحق (لا) تنعقد (بانا ضامن لمعرفته) لانه التزم معرفته دون المطالبة وقال ابو يوسف يصير ضامنا للعرف وقال ابو الليث هذا القول عن ابي يوسف غيرمشهور والظاهر ماروى عنهما وبظاهر الرواية يفتى كما في اكثر الكتب وفي التنوير وينعقد بقوله انا ضامن حتى يجتمعا اويلتقيا ويكون كفيلا الى الغاية وقيل لا ينعقد لعدم بيان المضمون هل هو نفس اومال قيد بالمعرفة لانه لوقال انا ضامن تعريفه اوعلى تعريفه ففيه اختلاف المشايخ والوجه اللزوم كما في البحر ولوقال انا ضامن لوجهه فانه يؤخذ لوجهه به ولوقال انا اعرفه لا يكون كفيلا وكذا لوقال انا كفيل لمعرفة فلان ولوقال معرفة فلان على قالوا يلزمه ان يدل عليه كما في الخانية ولوقال فلان آشناء منست اوآشناست صار كفيلا بالنفس عرفا وبه يفتى في المضمرات (وصح اخذ كفيلين واكثر) لان حكم الكفالة استحقاق المطالبة وهو يحتمل التعدد فالتزام الاول لا يمنع الثاني على ان المقصود منها التوثق واخذ كفيل آخر

وآخر زيادة في التوثق فصحت الثانية مع بقاء الاولى وكذا الثالثة فافوقها (ويجب فيها) اى في الكفالة بالنفس على الكفيل (احضار المكفول به) وهو النفس (اذا طلبه المكفول له) وهو المدعى وفاء بما التزمه (فان لم يحضره) اى ان لم يحضر الكفيل المكفول به بعد الطلب بغير عجز (حبس) على صيغة المبنى للمفعول اى حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء ماوجب عليه ولكن لايحبسه اول مرة حتى يظهر مطله لانه جزاء الظلم وهو ليس بظا لم قبل المطل هذا اذا اقر بالكفالة بالنفس اما اذا انكرها وثبتت بالبينة عند الحاكم فيحبسه اول مرة في ظاهر الرواية قال الخصاف لايحبسه اول مرة ولو ثبتت بالبينة وقيدنا بغير عجز لانه ان عجز فلا حبس بل يلازمه الطالب (وان عين) اى الكفيل (وقت تسليمه) اى المكفول به (لزمه) اى الكفيل (ذلك) اى احضار المكفول به (فيه) اى في الوقت الذى عينه (اذا طلبه) المكفول له في ذلك الوقت او بعده لانه التزمه كذلك (فان سلمه) اليه (قبل) مجئ (ذلك الوقت برئ) الكفيل وان لم يقبله المكفول له لانه ماالتزم تسليمه الامرة وقد اتى به وفي المنح اذا كفل الى ثلاثة ايام كان كفيلا بعد الثلاثة ولايطالب في الحال في ظاهر الرواية وبه يفتى واذا قال انا كفيل بنفس فلان من اليوم الى عشرة ايام صار كفيلا في الحال فاذا مضت العشرة خرج عنها ولو قال انا كفيل بنفسه الى عشرة فاذا مضت العشرة فانا برئ قال ابن الفضل لامطالبة عليه بها لافيها ولا بعدها وقال ابو الليث الفتوى على انه لايصير كفيلا وهذا حيلة لمن يلتمس منه الكفالة ولايريد ان يصير كفيلا وفي الواقعات الفتوى على انه يصير كفيلا كما في البحر (فان غاب المكفول به وعلم مكانه امهله الحاكم مدة ذهابه وايابه) وهو مقيد بما اذا اراد الكفيل السفر اليه فان ابى حبسه للحال من غير امهال كما في البزازية (فان مضت) المدة (ولم يحضره) مع امكان الاحضار (حبسه) الحاكم لماذكرناه (وان غاب) المكفول به (ولم يعلم مكانه لايطالب به) لانه عاجز فعلى هذا اذا التجأ الى باب الجائر ينبغي ان لايطالب به لتحقق العجز كما في الزاهدى وفي البحر ولابد من ثبوت انه غائب لم يعلم مكانه اما بتصديق الطالب او ببينة فان اختلفا ولابينة فقال الكفيل لااعرف مكانه وقال الطالب تعرفه فان كان له خرجة معلومة للتجارة في كل وقت فالقول للطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع والافالقول للكفيل لتمسكه بالاصل وهو الجهل ولو علم ان المكفول به ارتد ولحق بدار الحرب يؤجل الكفيل ولاتبطل باللحاق بدار الحرب وهو مقيد بما اذا كان الكفيل قادرا على رده بان كان بيننا وبينهم مواعدة انهم يردون الينا المرتد والافلا ثم كل موضع قلنا انه يؤمر بالذهاب اليه للطالب

ان يستوثق بكفيل من الكفيل حتى لايغيب الآخر (وتبطل) الكفالة بالنفس (بموت الكفيل) لحصول العجز الكلى عن التسليم بعدموته ووارثه لايقوم مقامه لان الخلفية فيماله لافيما عليه بخلاف الكفالة بالمال كما فى الهداية وغيرها لكن فى السراج نقلا عن الكرخى لاتبطل بموت الكفيل ويطالب وارثه باحضاره (و) تبطل بموت (المكفول به) لامتناع التسليم (ولو) كان المكفول به (عبدا) انما قال هذا لتوهم ان العبد مال مطالب به وكفل بنفسه رجل اما اذا كان المدعى به نفس العبد لايبرأ وضمن قيمته (دون موت المكفول له بل يطالب وارثه اووصيه الكفيل) اى اذا مات المكفول له لم تبطل ويسلمه الكفيل الى ورثته فان سلمه الى بعضهم برئ منهم خاصة وللباقين مطالبته باحضاره فان كانوا صغارا فلوصيهم مطالبته فان سلمه احد الوصيين برئ فى حقه وللآخر مطالبته وفى منظومة ابن وهبان انها تبطل بموت الطالب والمعروف فى المذهب خلافه كما فى البحر (ويبرأ) الكفيل بالنفس (اذا سلمه) اى سلم المكفول به الى المكفول له حيث تمكن محا صمته كما اذا سلمه فى مصر سواء قبله الطالب اولا (وان) وصلية (لم يقل اذا دفعته اليك فانا برئ) لان موجب الدفع اليه البراءة فتثبت وان لم ينص عليها كالمديون اذا سلم الدين واطلاقه شامل ما اذا قال سلمته اليك بجهة الكفالة اولا ان طلبه منه واما اذا لم يطلبه منه فلابد ان يقول ذلك ويبرأ بتسليم وكيل الكفيل اورسوله لقيامهما مقامه (وبتسليم المكفول به نفسه من كفالته) هذا قيد فى الجميع يعنى لايبرأ الكفيل حتى يقول له المكفول سلمت نفسى اليك من الكفالة والوكيل والرسول كالمكفول لابد من التسليم عنهما والا لايبرأ كما فى المنح فعلى هذا ظهر ضعف ماقيل من انه متعلق بتسليم المكفول به نفسه تدبر هذا اذا كان بغير طلب اما اذا كان بعد طلبه فلايشترط ان يقول سلمته بحكم الكفالة كما مر آنفا فينبغى لصاحب المنح التفصيل تأمل قيد بالوكيل والرسول لانه لوسلمه اجنبى بغير امر الكفيل وقال سلمت اليك عن الكفيل فان قبله الطالب برئ الكفيل وان سكت لا

(فان شرط تسليمه فى مجلس القاضى فسلمه فى السوق) اى فى سوق المصر (قالوا يبرأ) لحصول المقصود بنصرة اعوان الحاكم (والمختار فى زماننا انه لايبرأ) سواء كان فى سوق ذلك المصر اوفى سوق مصر آخر وهو قول زفر وبه يفتى فى زماننا لتهاون الناس فى اقامة الحق ولمعاونة الفسقة على الخلاص منه والفرار فالتقييد بمجلس القاضى مفيد وهذه احدى المسائل التى يفتى بقول زفر وان سلمه فى مصر آخر لايبرأ عندهما لانه قد يكون شهوده فيما عينه اويعرف ذلك القاضى حادثته فلايبرأ بالتسليم فى مصر آخر (ويبرأ عند الامام) ان كان فيه

سلطـــان اوقاض وكانت غير مقيدة بمصر لامكان احضاره الى مجلس القاضى وفى البحر نقلا عن القنية كفل بنفسه فى البلد وسلمه فى الرساتيق صح ان كان فيها حاكم وقال العلاء التاجرى والبدر الطاهر لايصح قال وجوابها احسن لان اغلب قضاة رساتيق خوارزم ظلمة فلا يقدر على محـاكمته على وجـه العدل انتهى هذا فى زمانهم اما فى زماننا فاكثر قضاة مصر مثل قضاة رساتيق خوارزم اصلحهم الله تعالى بلطفه وكرمه (وان سلمه فى برية اوفى السواد) اى فى القرية التى ليس لها حاكم (لايبرأ) لعدم حصول المقصـود وهو القدرة عـلى المحاكمة (وكذا) لايبرأ (ان سلمه فى السجن وقد حبسه غير الطالب) قيل هذا اذا كان فى سجن حاكم آخر لعدم الامكان على المخاصمة و اما اذا كان فى سجن قاض وقع مخاصمته بين يديه فيبرأ عن الكفالة سواء كان مسجونا له او لغيره لان الحاكم قادر على الاحضار للخصومة ثم يعيده الى السجن (فان كفل رجل بنفسه) اى المديون بمـال كذا (على انه) اى الكفيل (ان لم يواف) اى ان لم يأت الكفيـل المكفول له (به) اى المكفول عنه يقـال وافاه اى اتاه من الوفاء عدى المص الى المفعول الثانى بالبـاء على ماهو القيـاس عند البعض (غدا فهو ضـامن لما عليه فلم يواف به غدا) مع قدرته عليه (لزمه) اى الكفيل بالنفس (ماعليه) من المال عند نا لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة اذ الكفالة تشبه النذر ابتـداء باعتبار الالتزام اذ لايقـابله شئ وتشبه البيع انتهـاء باعتبـار الرجوع فيكون مبادلة المال بالمال فان علق الكفالة بغير ملايم مثل هبوب الريح لم تصح كالبيع وبملايم متعارف مثل عدم الموافاة فى وقت تصح كالنذر مع ان هذا التعليق ليس فى وجوب المال بل فى المطالبة وقال الشافعى لاتصح لانه ايجاب المال بالشرط فلا يجوز (وان) وصلية (مات) المكفول به قبل الحضور فيضمن الكفيل المال اذ يثبت بموته عدم الموافاة به ولو مات الكفيل قبل الحضور يضمن وارثه المال ولو مات المكفول له يطالب وارثه (ولايبرأ) الكفيل (من كفالة النفس) بوجود الكفالة بالمال فى هذه المسئلة لانها كانت ثابتة قبلها ولاتنافى كما لو كفلهما وانما قلنا مع قدرته عليه لانه اذا عجز لايلزمه الا اذا عجز بموت المطلوب لما فى الكافى وغيره فان مات المكفول عنه قبل مضى الغد ضمن الكفيل المـال لان شرط لزوم المـال عدم المافاة وقد وجد انتهى فعلى هذا تقييد صاحب الفتح بقوله بعد الغد مخالف لما فى الكافى وغيره تتبع وفى التنوير ولو اختلفا فى الموافاة فالقول للطالب والمـال لازم على الكفيل (ومن ادعى على آخر مائة دينار بينهـا) اى بين صفتهـا على وجه تصح الدعوى بانها سلطانية اوافرنجية (اولم يبينهـا

فكفل بنفسه رجل على انه ان لم يواف به) اى المكفول به (غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا لزمه المائة) عند الشيخين لتحقق الشرط لان الكفيل لما عرف المال باللام حيث قال فعليه المائة يحمل على الاصل وهو العهد فينصرف الى المال الذى على المدعى عليه فيخرج عن احتمال مال الرشوة لان المدعى لم يعين المال المدعى فى غير مجلس القضاء تحرزا عن حيلة خصمه فان بين قبل الكفالة فحكمه ظاهر وان بين بعدها يلتحق البيان الى المجمل فصار كما كان المال مبينا عند الدعوى قبل الكفالة فح تبين صحة الكفالة الاولى و يترتب عليها الاخرى و يكون القول قوله فى البيان اذا اختلفا فيه لانه يدعى صحة الكفالة (خلافا لمحمد) قيل عدم الجواز عنده بناء على انه اطلق المال ولم يقل المال الذى على المدعى عليه فعلى هذا لافرق بين بيان المدعى المال وعدم بيانه وقيل بناء على انه لما لم يبين المدعى لم تصح الدعوى فلم يستوجب احضار المدعى عليه الى مجلس القاضى فلم تصح الكفالة بالنفس فلاتجوز الكفالة بالمال لابتنائها عليه فعلى هذا ان بين تكون الكفالة صحيحة ونقل فى الفتح عن قول ابى يوسف اختلاف فليطالع (ولايجبر على اعطاء كفيل فى حد وقصاص) يعنى لوطلب مدعى القصاص اوحد القذف من القاضى ان يأخذه كفيلا لنفس المدعى عليه حتى يحضر البينة فالقاضى لايجبره على اعطاء الكفيل كسائر الحدود عند الامام مطلقا لقوله عليه السلام لاكفالة فى حد من غير فصل ولان مبنى الحدود كلها على الدرء بالشبهة فلا يجبر على استيثاقها بالكفالة (فان سمحت به نفسه) اى لو تبرع المدعى عليه باعطاء كفيل بلا طلب فى حد القذف والقصاص (صح) بالاجماع لان تسليم النفس واجب عليه للطالب فيجوز اعطاء الكفيل بتسليم نفسه له (وقالا يجبر فى القصاص) لان الغالب فيه حق العبد (وحد القذف) لان فيه حق العبد وان لم يقدر على الاعطاء يأمره بالملازمة معه لا الحبس وهو المراد بالجبر هنا عندهما والحق البعض حد السرقة بهما بخلاف سائر الحدود لانها خالصة لله تعالى ومندرئة بالشبهات فلاحاجة الى الجبر على اعطاء الكفيل للاستيثاق فى حقه تعالى بالاتفاق و يجبر فى دعوى القتل بالخطاء على الاعطاء والجروح به لان موجبها المال وكذا يجبر فى التعزير (فان شهد عليه) اى على المدعى عليه (مستوران) اى غير معلوم فسادهما (فى حد او قود حبس وكذا) يحبس (ان شهد عدل واحد) يعرفه القاضى بالعدالة لان الحبس هنا للتهمة والتهمة تثبت باحدى شطرى الشهادة وهو العدد فى المستور او العدالة فى الواحد بخلاف الحبس فى الاموال لانه غاية عقوبة فيها فلا تثبت الا بحجة كاملة واذا لم يقدر المدعى على اقامة البينة بما ادعاه ولا على اثبات التهمة

حتى قام القاضي عن مجلس القضاء خلى سبيله (خلافا لهما في رواية) اي في هذه المسئلة عنهما روايتان في رواية يحبس ولا يكفل كما بيناه وفي رواية يكفل ولا يحبس لعدم ثبوت القذف او القود بالحجة التامة (وصح الرهن والكفالة بالخراج) اذ الامام وظفه الى وقت معين على ما يراه بدلا عن منفعة حفظ المال فيصير دينا في الذمة ويجوز فيه الكفالة بالنفس بناء على صحة الكفالة بالخراج هو المال بخلاف الزكوة لانها ليست من الديون المطلقة لسقوطها بالموت ثم شرع في الكفالة بالمال فقال (والكفالة بالمال صحيحة ولو) كان المال (مجهولا اذا كان) ذلك المال (دينا صحيحا) وصحتها بالاجماع وصحت مع جهالة المال لبنائها على التوسع فانها تبرع ابتداء فيتحمل فيها جهالة المال بعد ان كان دينا صحيحا والدين الصحيح دين لا يسقط الا بالاداء او الابراء وهو احتراز عن بدل الكتابة وسيأتي وفي الاصلاح والمراد من الابراء ما يعم الحكمي وهو ان يفعل فعلا يلزمه سقوط الدين فلا يرد النقض بدين المهر لان سقوطها بمطاوعتها لابن زوجها من قبيل الابراء بالمعنى المذكور وفي المنح ومما يشكل على هذا الاصل الكفالة بالنفقة المعروضة غير المستدانة فانها صحيحة مع ان دين النفقة ليس بصحيح لانها تسقط بموت احدهما و بطلاق ولم ار من اجاب عن هذا والظاهر انه اخذ فيه بالاستحسان للحاجة اليه لا بالقياس وقيد بجهالة المال للاحتراز عن جهالة الاصيل والمكفول له لانها مانعة وتمامه في البحر فليطالع (بتكفلت) متعلق بقوله صحيحة (عنه) اي عن فلان (بالف) درهم هذا نظير ما كان معلوما (او بمالك عليه) اي بالذي ثبت لك عليه اي فلان هذا نظير ما كان مجهولا (او) تكفلت (بما يدركك) اي يلحقك (في هذا البيع) من ضمان الدرك وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع او ضمان المبيع ان لحقه آفة فالمكفول به مجهول لاحتمال استحقاق الكل او البعض فيضمن الكفيل الكل والبعض وفي السراج فاذا استحق المبيع كان للمشتري ان يخاصم البايع اولا فاذا ثبت عليه استحقاق المبيع كان له ان يأخذ الثمن من ايهما شاء وليس له ان يخاصم الكفيل اولا في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف ان له ذلك واجمعوا ان المبيع لو ظهر حرا كان له ان يخاصم ايهما شاء (وكذا) تصح (لو علقها) اي الكفالة (بشرط ملايم) اي بشرط موافق وهو ان يكون الشرط سببا لوجوبه وعبر عنه بالشرط مجازا (كشرط وجوب الحق نحو ما بايعت فلانا) اي ان بعت شيئا من فلان فاني ضامن للثمن لا ما اشتريته فاني ضامن للمبيع لان الكفالة بالمبيع لا تجوز فاشرطية كما بعده وهذا من امثلة الكفالة بالمجهول وفي المبسوط ولو قال اذا بعته شيئا فهو علي فباعه متاعا بالف درهم ثم باعه بعد ذلك بالف درهم

لزم الكفيل الاول دون الثانى لان حرف اذا لا يقتضى التكرار بخلاف كلما وما ومثل اذا متى وان ولو رجع الكفيل عن هذا الضمان قبل ان يبايعه او نهاه عن مبايعته ثم بايعه بعد ذلك لم يلزمه شئ وانما قال ما بايعت لانه لو قال بايع فلانا على ان ما اصابك من خسران فعلى لم يصح (او ما غصبك) اى ان غصب منك فلان فعلى هذا من امثلة المجهول ايضا وفى البحر لو قال ان غصب فلان ضيعتك فانا ضامن لم يجز عند الشيخين وعند محمد يجوز بناء على ان غصب العقار لا يتحقق عندهما خلافا له (او ما ذأب) اى ثبت او وجب من الذوءب (لك عليه) اى على فلان شئ فعلى (او ان استحق المبيع فعلى) جواب الجميع اى ان استحق المبيع مستحق فعلى الثمن كان استحقاق المبيع شرط وجوب الحق فى ذمته وجاز التعليق به لملايمته الشرط (وكشرط امكان الاستيفاء نحو ان قدم زيد) فعلى ما عليه (وهو) اى زيد (المكفول عنه) فان قدومه سبب موصل للاستيفاء منه قيد بكون زيد مكفولا عنه لانه اذا كان اجنبيا كان التعليق به كما فى هبوب الريح وتمامه فى البحر فليطالع (وكشرط تعذر الاستيفاء نحو ان غاب) زيد المكفول عنه (عن البلد) فعلى ما عليه لان غيبته سبب لتعذر الاستيفاء فهذه جملة الشروط التى يجوز تعليق الكفالة بها ثم الاصل فيه ان الجهالة فى المال المكفول به لا يمنع صحة الكفالة وجهالة المكفول له او المكفول عنه تمنع حتى لو قال من غصبك من الناس او بايعك او قتلك فانا كفيل لك عنه او من غصبته انت او قتلته فانا كفيل له عنك لا يجوز الا اذا كانت الجهالة فى المكفول عنه يسيرة مثل ان يقول كفلت لك بما لك على احد هذين فح يجوز فالتعيين الى صاحب الحق كما فى التبيين (وان علقها) اى الكفالة (بمجرد الشرط) اى بالشرط المجرد عن الملايمة (كهبوب الريح ومجئ المطر) بان قال ان هبت الريح او جاء المطر فانا على فلان على (بطل) الشرط (وكذا ان جعل احدهما اجلا) كما اذا قال كفلت بكذا الى هبوب الريح او مجئ المطر بطل التأجيل (فتصح الكفالة و يجب المال) على الكفيل (حالا) وفى الهداية ولا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح او جاء المطر وكذا اذا جعل واحدا منهما اجلا الا انه تصح الكفالة ويجب المال حالا لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق وفى التبيين هذا سهو فان الحكم فيه ان التعليق لا يصح ولا يلزمه المال لان الشرط غير ملايم فصار كما علقه بدخول الدار ونحوه مما ليس بملايم ذكره قاضيخان وغيره واجاب بعض الفضلاء لكن لا يخلو عن التعسف بل اذا تأملت حق التأمل ظهر لك ان السؤال باق على حاله ولا يدفع الوهم الا ان يقال يمكن الجواب بان قوله الا انه تصح الكفالة

و يجب المال حالا قيد لقوله وكذا اذاجعل واحدا منهما اجلا فقط فحاصله لايصح التعليق بمجرد الشرط ولاتصح الكفالة ايضا وكذا لايصح التأجيل اذاجعل واحدا منهما اجلا فانه تصح الكفالة و يجب المال حالا لايقال انه منقوض بقوله لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لانه اراد بالتعليق بالشرط التأجيل مجازا اى باجل متعارف فلايلزم المحذور و يندفع الاشكال تدبر (وللطالب مطالبة اى يشاء من كفيله واصيله) اى يثبت الخيار فى المطالبة انشاء طالب الاصيل وانشاء طالب الكفيل وان شاء طالبهما معا لانه موجب الكفالة اذهى تنبئ عن الضم كما مر وذلك يقتضى قيام الذمة الاولى لاالبراءة (الااذاشرط براءة الاصيل فتكون حوالة كما ان الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة) لان العبرة فى العقود للمعانى مجازا لاللالفاظ والمبانى (ولوطالب) الطالب (احدهما) كان (له مطالبة الآخر) بخلاف الغصب منه اذا اختار احد الغاصبين لان اختيار احدهما يتضمن التمليك منه عند قضاء القاضى به ولايمكنه التمليك من الآخر بعد واما المطالبة بالكفالة لاتقتضيه مالم توجد منه حقيقة الاستيفاء (فان كفل بماله عليه فبرهن) الطالب (على الف لزمه) اى لزم الالف الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولايكون قول الطالب حجة عليه كما لايكون حجة على الاصيل لانه مدع (وان لم يبرهن) الطالب (صدق الكفيل فيما اقربه مع يمينه) اى فالقول للكفيل فيما يقر به مع يمينه على نفى العلم لاعلى البتات كما فى الايضاح (و) صدق (الاصيل فى اقراره باكثر) مما اقر به الكفيل (على نفسه خاصة) لاعلى الكفيل لانه اقرار على الغير وقيد بماله عليه لانه لوكفل بماذاب اى حصل لك على فلان او بما ثبت فاقر المطلوب بمال لزم الكفيل اما لوابى الاصيل اليمين فالزمه القاضى فلم يلزم الكفيل لان النكول ليس باقرار كما فى البحر (فان كفل بلاامره) اى المكفول عنه (لايرجع) الكفيل (عليه) اى على المكفول عنه (بماادى عنه) لانه متبرع باداته بغير رجوع خلافا لمالك (وان) وصلية (اجازها) اى الكفالة (المكفول عنه) بعد العلم لان الكفالة لزمته ونفذت عليه بامر غير موجب للرجوع فلاتنقلب موجبة له هذا اذا اجاز بعد المجلس اما اذا اجاز فى المجلس فانها تصير موجبة للرجوع كما فى العمادية (وان) كفل (بامره رجع عليه) بماادى عنه لانه قضى دينه بامره معناه اذاادى ماضمن اما اذا ادى خلافه بان كان الدين المكفول به جيدا فادى رديا او بالعكس فان رجوعه بماضمن لابما ادى لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزله الطالب بخلاف المأمور بقضاء الدين فانه يرجع بماادى وتمامه فى المنح فليراجع ومعنى الامر ان يشتمل كلامه

على لفظة عنى كان يقول اكفل عنى اواضمن عنى لفلان فلو قال اضمن الالف التى لفلان على لم يرجع عليه عند الاداء لجواز ان يكون القصد ليرجع او لطلب التبرع فلا يلزم المال كما فى البحر والمتبادر من الامر امر من يصح امره شرعا فلا رجوع على الصبى والعبد المحجور ين اذا ادى كفيلهما بالامر لعدم صحته منهما ولكن يرجع على العبد بعد عتقه فلا رجوع على الصبى مطلقا (ولا يطالبه) اى لا يطالب كفيل اصيلا بمال (قبل الاداء) الى مكفول له لان الموجب للمطالبة هو التملك ولا يملك قبل الاداء ويملكه بعده فيرجع (فان لوزم) الكفيل من جهة الطالب (فله) اى للكفيل (ملازمته) اى ملازمة المكفول عنه حتى يخلصه وهو مقيد بما اذا كانت الكفالة بامره (وان حبس) الكفيل (فله حبسه) اى للكفيل ان يحبس المكفول عنه لان ما لحقه كان لاجله فله ان يعامله بمثله هذا اذا لم يكن على الكفيل للمطلوب دين مثله والا فلا يلزمه ولا يحبسه كما فى السراج (و يبرأ الكفيل باداء الاصيل) لان براءة الاصيل توجب براءته لانه ليس عليه دين فى الصحيح وانما عليه المطالبة فيستحيل بقاؤها بلا دين كما ذكره الزيلعى تبعا للهداية وظاهره ان القائل بان الكفيل عليه دين لا يبرأ باداء الاصيل وليس كذلك بل يبرأ اجماعا لان تعدد الدين عند القائل به حكمى فيسقط باداء واحد كما فى البحر (وان ابرأ الطالب الاصيل) وهو المطلوب (اواخر) الطالب (عنه) اى الاصيل بان اجل دينه (برئ الكفيل) فى الصورة الاولى (وتأخر) الدين (عنه) اى عن الكفيل يعنى بتأخر فى حقه ايضا لانه ليس عليه الا المطالبة وهى تبع للدين فتسقط بسقوطه وتتأخر بتأخيره بخلاف ما اذا تكفل بشرط براءة الاصيل ابتداء حيث يبرأ الاصيل دون الكفيل وفى السراج ويشترط قبول الاصيل البراءة فان ردها ارتدت وهل يعود الدين على الكفيل فيه قولان وموت الاصيل كقبوله وفى القنية براءة الاصيل انما يوجب براءة الكفيل اذا كانت بالاداء او بالابراء فان كانت بالحلف فلا (وان ابرأ) الطالب (الكفيل اواخر) الدين (عنه) اى عن الكفيل (لا يبرأ الاصيل ولا يتأخر عنه) اى عن الاصيل اذ الاصل فيه ان الاصول لا تتبع الفروع فى الوصف والا يلزم عكس الموضوع (فان كفل بالدين الحال مؤجلا الى وقت) اى الى شهر مثلا (يتأجل عن الاصيل ايضا) لانه لا مطالبة على الكفيل حال وجود الكفالة فانصرف الاجل الى الدين كما فى التبيين (ولو صالح الكفيل) الطالب (عن الف على مائة برئا) اى الاصيل والكفيل لانه اضاف الصلح الى الالف الدين على الاصيل فيبرأ عن تسعمائة فبراءته توجب براءة الكفيل ثم برئا جميعا عن مائة باداء الكفيل (ورجع الكفيل بها) اى بالمائة فقط (على الاصيل

ان كفل بامره) اذبالاداء يملك مافىذمةالاصيل فاستوجب الرجوع بخلاف الابراء لان بالابراء يسقط الدين فلايملكه الكفيل فلايرجع (وان صالح) الكفيل الطالب (عن الالف بجنس آخر) كالثوب وغيره (رجع) الكفيل على الاصيل (بالالف) كله لان هذ الصلح يكون مبادلة فيصير الالف بمقابلة الثوب فيملك مافى ذمة الاصيل فيرجع بكله عليه وتوضيحه ان الالف فى الاصل فى ذمة الاصيل ثم انتقل عنه وثبت فى ذمة الكفيل حين اخذ الطالب منه فيصح تمليك الطالب الدين الالف من الكفيل لكونه تمليك الدين ممن عليه الدين وكذا يصح التمليك من الكفيل بالهبة اذا اذن له بالقبض فصار كأنه اخرجه عن الكفالة ووكله بالقبض فقبضه ثم وهبه فيصير تمليك الدين ممن عليه الدين مع الكفيل مسلطا على الدين فى الجملة (وان صالح) الكفيل (عن موجب الكفالة) وهو المطالبة عن شئ بشرط ابراء الكفيل خاصة (برئ هو) اى الكفيل فقط (دون الاصيل) لان ابراء الكفيل عن الكفالة يصير فسخا لكفالته لا اسقاط الاصل الدين (وان قال الطالب للكفيل بالامر برأت الى من المال رجع الكفيل على اصيله) لان البراءة التى ابتداؤها من المطلوب وانتهاؤها الى الطالب لايكون الا بالايفاء فيرجع فصار كاقراره بالقبض منه او الدفع اليه واستفيد منه براءة المطلوب للطالب لاقراره كالكفيل كما فى المنح (وكذا) رجع الكفيل على اصيله (فى) قول الطالب للكفيل (برأت) دون الى (عند ابى يوسف) لانه اقر براءة ابتداؤها من المطلوب واليه الايفاء دون الابراء (خلافا لمحمد) لان البراءة تكون بالاداء والابراء فيثبت الادنى وهو الابراء ولا يرجع الكفيل بالشك (وفى) قول الطالب للكفيل (ابرأتك لا يرجع) الكفيل الى الاصيل لانه ابراء لاينتهى الى غيره وذلك بالاسقاط فلا يكون اقرارا بالايفاء قيل جميع ماذكرنا اذا كان الطالب غائبا (وان كان الطالب حاضرا يرجع اليه فى البيان فى الكل) لانه هو المجمل حتى فى برأت الى لاحتمال انى ابرأتك مجازا وان كان بعيدا فى الاستعمال كما فى النهاية قيد بقوله برأت لانه لو كتب فى الصك برئ الكفيل من الدراهم التى كفل بها كان اقرارا بالقبض عندهم جميعا كقوله برأت الى بقضية العرف فان العرف بين الناس ان الصك يكتب على الطالب بالبراءة اذا حصلت بالايفاء وان حصلت بالابراء لايثبت الصك عليه فجعلت الكتابة اقرارا بالقبض عرفا ولا عرف عند الابراء كما فى الفتح (ولا يصح تعليق البراءة عن الكفاله) بالمال (بالشرط) مثل اذا جاء غد فانت برئ من الكفالة بالمال فجاء غد لايبرأ عنها اذ شرطه بطل وكفالته جائزة (كسائر البراآت) لان فى الابراء معنى التمليك والتمليكات لاتقبل التعليق بالشرط لكونه قمارا هذا ظاهر على قول من يقول بثبوت الدين

على الكفيل وعلى قول غيره ان تمليك المطالبة كتمليك الدين لانها وسيلة اليه وكذا لايجوز تعليق براءة الاصيل لان معنى التمليك فيه ظاهر اذالمال واجب عليه بخلاف تعليق البراءة من الكفالة بالنفس اذليس فيه معنى التمليك لانه مجرداسقاط و يروى انه يصح لانه عليه المطالبة دون الدين في الصحيح وكان اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لايرتد ابراء الكفيل بالرد بخلاف الاصيل كافي الهداية وعن هذاقال (والمختار الصحة) اى صحة تعليق البراءة عن الكفالة قيل المراد بالشرط الشرط المحض الذى لامنفعة للطالب فيه اصلا كدخول الدار ومجئ الغد لانه غير متعارف امااذا كان متعارفا فانه يجوز كما في تعليق الكفالة لما في الايضاح الكفيل بالمال والنفس لوقال ان وافيتك غدا فانابرئ من المال فوافاه غدا يبرأ من المال فقد جوز تعليق البراءة عن الكفالة بالمال وكذا اذاعلق البراءة باستيفاء البعض يجوز اوعلق البراءة عن البعض بتعجيل البعض يجوز كما في مبسوط شيخ الاسلام فعلم ان فيه اختلاف الروايتين فرواية عدم الجواز محمول على مااذا كان غير متعارف ورواية الجواز محمول على مااذا كان متعارفا كما في البحر (ولايجوز الكفالة بما تعذر استيفاؤه) اى لايمكن استيفاؤه شرعا (من الكفيل كالحدود والقصاص) مطلقا بالاجماع لعدم امكان ايجابهما على من تكفل لعدم جريان النيابة في العقوبة بخلاف الكفالة بنفس من عليه الحدوالقصاص كما مر فعلى هذالايلزم الاستدراك بما مر كما قيل (ولاتجوز الكفالة (بالاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع) في البيع الصحيح بعينه قبل القبض (والمرهون) بعدالقبض (ولا) تجوز الكفالة (بالامانات كالوديعة والمستعار والمستأجر) بفتح الجيم (ومال المضاربة والشركة) لان من شرط صحة الكفالة ان يكون المكفول به مضمونا على الاصيل بحيث لا يمكنه ان يخرج عنه الابدفعه اودفع بدله ليتحقق معنى الضم فيجب على الكفيل والمبيع قبل القبض ليس بمضمون بنفسه وانما هو مضمون بالثمن الايرى انه لوهلك لايجب عليه شئ بل ينفسخ البيع وكذلك الرهن مضمون عليه بنفسه وانما يسقط دينه اذاهلك فلايمكن ايجاب الضمان على الكفيل وهوليس بواجب على الاصيل وكذا الامانات ليست بمضمونة على الاصيل لاعينها وتسليمها فلايمكن جعلها مضمونة على الكفيل فلا تصح الكفالة بها (ولا) تجوز الكفالة (بدين غير صحيح كبدل الكتابة) لانه في معرض الزوال فلا يكون دينا صحيحا (حر كفل به) اى بالدين (اوعبد) وانما قال هذالدفع توهم ان كفالة العبد به ينبغي ان تصح لانه يجوز ثبوت هذاالدين عليه لان العبد محل الكتابة فيه (وكذا بدل السعاية عندالامام) لان المستسعى كالمكاتب عنده فلاتصح الكفالة ببدلها

وعندهما تصح لان المستسعى حر مديون عندهما (ولا) تجوز الكفالة (بالحمل على دابة معينة) مستأجرة للحمل (او بخدمة عبد معين) مستأجر للخدمة لعجز الكفيل عن تسليم الحمل على دابة معينة لانها ملك الغير ولو حمل دابة اخرى لايستحق الاجر اذ لو حمل الموجر على الدابة الغير المعينة لا يستحق الاجر فثبت العجز فى هذه الصورة بالضرورة وكذا العبد للخدمة بخلاف غير المعين لعدم العجز عن تسليم الحمل اذ يمكنه الحمل على اى دابة كانت لان المستحق هو الحمل لا الغير والغرض هو الاجر (ولا) تجوز الكفالة (عن ميت مفلس) يعنى اذا مات من عليه دين ولم يترك شيئا فكفل عنه للغرماء رجل لم تصح عند الامام لانه كفل بدين ساقط فى حق احكام الدنيا بالضرورة اذ لم يترك مالا ولا كفيلا به والكفالة بالساقط لاتجوز وجواز التبرع محمول على ان الدين باق فى حق الداين (خلافا لهما) فان عندهما تجوز الكفالة لان الدين لما كان ثابتا فى حيوته لايسقط الا بالاداء او بالابراء ولم يوجد شئ منهما فبقى عليه وكذا يطالب به فى الاخرة حتى من تبرع بقضائه يجوز لما روى انه عليه السلام اتى بجنازة رجل من الانصار فسأل هل عليه دين قالوا نعم درهمان او دينار فامتنع من الصلوة فقالوا صلوا على اخيكم فقام ابو قتادة فقال هما على يارسول الله فصلى عليه (ولا) تجوز الكفالة (بلا قبول الطالب فى المجلس) اى فى مجلس عقد الكفاله سواء كفل بالنفس او بالمال عند الطرفين (وقال ابو يوسف تجوز مع غيبته) اى غيبة الطالب (اذا بلغه) خبر الكفالة (فاجاز) كسائر تصرفات الفضولى وفى بعض نسخ المبسوط لم يشترط الاجازة وهو الاظهر عنه لانه تصرف التزام فيستبد به الملتزم ولهما ان فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود شطره فلا يتوقف على ماوراء المجلس الا ان يقبل عن الطالب فضولى فانه تصح و تتوقف على اجازته وللكفيل ان يخرج نفسه عنها قبل اجازته كما فى الحقايق وغيره و به علم ان قبول الطالب بخصوصه انما هو شرط النفاذ واما اصل القبول فى مجلس الايجاب فشرط الصحة فعلى هذا ان المص لو ترك قوله الطالب لكان اولى كما فى الاصلاح وفى الدرر الفتوى على القول الثانى كما فى تلخيص الجامع الكبير والبزازية لكن فى انفع الوسائل الفتوى على قولهما وفى تصحيح الشيخ قاسم والمختار قولهما عند المحبوبى والنسفى وغيرهما ولهذا قدمه المص تدبر قيد بالانشاء لانه لو اخبر عن الكفالة حال غيبة الطالب تجوز اجماعا (فان قال) المريض (لو ارثه تكفل عنى بما على فكفل) الوارث (مع غيبة الغرماء جاز اتفاقا) وان كان القياس ان لا تجوز لان الطالب غائب ولا يتم الضمان الا بقوله وجه الاستحسان ان ذلك وصية فى

الحقيقة ولهذا تصح وان لم يسم المكفول لهم ولهذا قالوا انما تصح اذا كان له مال او يقال انه قائم مقام الطالب لحاجته اليه تفريغا لذمته وفيه نفع الطالب فصار كما اذا حضر بنفسه وانما تصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهرا فى هذه الحالة (ولو قاله) اى المريض هذا القول (لاجنبي اختلف فيه المشايخ) فنهم من قال بالجواز تنزيلا للمريض منزلة الطالب ومنهم من قال بعدمه لان الاجنبى غير مطالب بقضاء دينه بلاالتزام وكان المريض والصحيح سواء والاول اوجه كما فى الفتح وتمامه فى البحر فليطالع (ويجوز) الكفالة (بالاعيان المضمونة بنفسها) عندنا خلافا للشافعى فى قول فى الاعيان لكن المناسب للمص ان يذكره عقيب قوله ولاتجوز بالاعيان المضمونة بغيرها (كالمقبوض على سوم الشراء) اى على طلبه بعد تسمية الثمن لانه مضمون عليه حتى اذا هلك عنده يجب الضمان عليه اذ القيمة تقوم مقامه فامكن ايجابه على الكفيل (والمغصوب) لانه مضمون بعينه فان كان المضمون عينا قائما فيلزم الضامن احضارها وتسليمها وقيمتها ان هلكت وان كان المضمون مستهلكا فالمضمون قيمته (والمبيع) بيعا (فاسدا) لان المقبوض فى البيع الفاسد مضمون عليه حتى اذا هلك يجب عليه قيمته (و) تجوز الكفالة (بتسليم المبيع الى المشترى والمرهون الى الراهن والمستأجر) بفتح الجيم (الى المستأجر) بكسر الجيم لان تسليم العين واجب على الاصيل فامكن التزامه فصار نظير الكفيل بالنفس لانه مادام قائما يجب عليه تسليمه وان هلك برأ وقيل ان كان تسليمه واجبا على الاصيل كالعارية جازت الكفالة بتسليمه وان كان غير واجب على الاصيل كالوديعة ومال المضاربة والشركة لاتجوز الكفالة بتسليمه كما فى التبيين (و) تجوز الكفالة (بالثمن) لانه دين صحيح مضمون على المشترى كسائر الديون

﴿ فصل ﴾

(ولو دفع الاصيل المال الى كفيله) ليدفعه الى الطالب (قبل دفع الكفيل الى الطالب لا يسترده) اى لا يسترد الاصيل المدفوع (منه) اى من الكفيل لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلاتجوز المطالبة ما بقى هذا الاحتمال كمن عجل زكوته ودفعها الى الساعى وانما ينقطع هذا الاحتمال باداء الاصيل بنفسه فاذا ادى بنفسه يسترد من الكفيل ما اخذه ولانه ملكه بالقبض واطلاقه شامل ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة بان قال خذ هذا المال واعط الطالب فلايسترد لكنه لايملكه بالقبض لتمحضه امانة فى يده وان دفعه على وجه

الاقضاء بان قال له انى لا آمن ان يأخذ الطالب حقه منك فانا اقضيك المال قبل ان تؤديه لم يكن رسالة والفرق بينهما انما هو من جهة ملك المدفوع للقابض وعدمه واما ما قاله الفاضل المعروف بابن الشيخ فى شرح الوقاية من انه لو دفع على وجه الرسالة فله ان يسترد لانه محض امانة فى يده مخالف لاكثر المعتبرات كما لا يخفى تدبر واشار الى ان بالكفالة صار للكفيل على الاصيل دين لو كفل بامره ولهذا لو اخذ الكفيل منه رهنا قبل ان يؤدى عنه جاز ولو ابرأه الكفيل او وهبه قبل الاداء عنه صح حتى لو ادى عنه لم يرجع فثبت ان له دينا عليه لكن لا رجوع له قبل الاداء كما فى البحر (وما ربح فيه الكفيل فله) اى للكفيل يعنى ان الربح الذى حصل فى هذا المال بمعاملة الكفيل حلال طيب له (ولا يتصدق به) لما ذكر انه حصل على ملكه ولا فرق بين ان يكون قضى الدين هو او قضى الاصيل كما فى البحر وهو مقيد بما اذا قبضه على وجه الاقضاء واما اذا قبضه على وجه الرسالة فانه لا ملك له فلا يطيب له الربح على قولهما وعند ابى يوسف يطيب له (ورده) اى رد الربح (الى المطلوب احب ان كان المدفوع شيئا يتعين كالبر) يعنى اذا كانت الكفالة بكر برفقبضه الكفيل من المكفول عنه وباعه وربح فيه فالربح للكفيل لكن يستحب له ان يرده على المكفول عنه ولا يجبر عليه عند الامام فى رواية الجامع الصغير وهذا اذا قضى الدين (خلافا لهما) اى قالا هو له ولا يرده وهو رواية عن الامام وعنه انه يتصدق به قيد بما يتعين لان ربح ما لا يتعين لا يستحب رده على المطلوب وهل يطيب للاصيل اذا رده الكفيل عليه قال فى الغاية ان كان الاصيل فقيرا طاب له وان كان غنيا ففيه روايتان والاشبه ان يطيب لانه انما يرد عليه على انه حقه (ولو امر الاصيل كفيله ان يتعين عليه) اى يشترى (ثوبا) بطريق العينة بكسر العين (ففعل) الكفيل (فالثوب للكفيل والربح) الذى حصل للبايع يكون (عليه) اى الكفيل لا الآمر بيانه ان الاصيل امر الكفيل بان يشترى له ثوبا باكثر من القيمة ليقضى به دينه بطريق العينة مثل ان يستقرض من تاجر عشرة فيأبى عنه ويبيع منه ثوبا يساوى عشرة بخمسة عشر مثلا نسيئة فى نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل خمسة سمى به لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لمذموم البخل ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشترى نظرا الى قوله على وهو فاسد وليس بتوكيل وقيل هو توكيل فاسد لان المبيع غير متعين وكذا الثمن غير معين لجهالة ما زاد على الدين وكيف ما كان فالمشترى للمشترى وهو الكفيل والربح اى الزيادة عليه لانه العاقد كما فى الهداية وفى العناية ومن الناس من صور للعينة صورة اخرى

هو ان يجعل المقرض والمستقرض بينهما ثالثا فى الصورة التى ذكرها صاحب الهداية فيبيع صاحب الثوب الثوب باثنى عشرة من المستقرض ثم ان المستقرض يبيعه من الثالث بعشرة و يسلم الثوب اليه ثم يبيع الثالث الثوب من المقرض بعشرة و يأخذ منه العشرة و يدفعه المستقرض فيندفع حاجته وانما توسط بثالث احترازا عن شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن ومنهم من صور بغير ذلك وهو مذموم اخترعه اكلة الربوا وقد ذمهم رسول الله عليه السلام بذلك فقال اذا تبايعتم بالعين واتبعتم اذ ناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم وقيل واياك والعينة فانها لعينة انتهى لكن هذا مخالف لما فى الخانية حيث قال بعد تصويرها بقوله رجل له على رجل عشرة دراهم فاراد ان يجعلها ثلثة عشر الى اجل قالوا يشترى من المديون شيئا بتلك العشرة فيقبض ثم يبيع من المديون بثلثة عشر الى سنة فيقع التحرز عن الحرام ومثل هذا مروى عن رسول الله عليه السلام ثم قال بعد تعداد الصور الاخر وهذه الحيل هى العينة التى ذكرها محمد قال مشائخ بلخ بيع العينة فى زماننا خير من البيوع التى فى اسواقنا انتهى لكن التحرز اولى (ومن كفل لاخر بما ذاب له على غريمه او بما قضى له به عليه فغاب الغريم فبرهن الطالب على الكفيل بان له على الغريم الفا لايقبل برهانه على الكفيل حتى يحضر المكفول عنه فيقضى عليه لان المكفول به مال مقضى او مال يقضى به لاغير لان ذاب بمعنى وجب ولم يجب هنا للطالب على الغائب مال شرعا ولذا لو اقر الكفيل لايلزمه المال لان بالاقرار لايثبت الوصف المذكور بل بالقضاء وهو منتف اذ لم يتعرض الطالب لقضاء القاضى بالمال فى دعواه ولا فى اقامته حتى لو تعرض وقال قدمت المط بعد الكفالة الى الفلان القاضى واقمت عليه بينة بالف وقضى لى عليه بذلك يقضى بالالف على الكفيل وعلى الغائب حتى لو اقر الكفيل لزمه الالف فى هذه الصورة (ولو برهن الطالب (ان له على زيد) الغائب (الفا وهذا كفيله) اى بهذا المال (بامره قضى به عليهما) اى على الكفيل والاصيل ففى المسئلة قيود معتبرة الاول ان الكفالة مقيدة بهذا المال والثانى ان هذا المال المكفول به غير مقيد بانه قضى به على المكفول عنه بعد الكفالة بل هو مال مطلق و بهذا القدر تمتاز هذه المسئلة عن المسئلة السابقة اذ المكفول هنا مقيد بقضاء القاضى والثالث ان هذه الكفالة مقيدة بانها بامر الاصيل اذ الامر يتضمن الاقرار بالمال فيصير متضيا عليه واما اذا لم يكن بامره فهى لاتتضمن الاقرار فالقضاء على الكفيل لايتضمن القضاء على الاصيل والى هذا اشار بقوله (ولو بلا امره قضى على الكفيل فقط) لا على الاصيل فليس للكفيل حق الرجوع على الاصيل بخلاف

الكفالة بامره فان له حق الرجوع عليه بعد اداء المال خلافا لزفر لانه لما انكر كان زعمه ان هذا الحق غير ثابت بل المدعى ظالم فلايكون له ان يظلم غيره قلنا الشرع كذبه فبطل زعمه وفيه تنبيه على ان القضاء على الغائب جائز اذا كان الاثبات على الحاضر متضمنا له فكم من شئ يثبت ضمنا ولا يثبت اصالة اذ التعدى الى الغائب فى ضمن القضاء بالامر ضرورى فى الكفالة قال مشايخنا وهذا طريق من اراد اثبات الدين على الغائب ثم قال وكذا كل من ادعى على آخر حقا لايثبت عليه الا بالقضاء على الغائب كان الحاضر خصما عن الغائب (وضمان الدرك للمشترى عند البيع تسليم) اى تصديق من الكفيل بان المبيع ملك البايع (يبطل) من الابطال (دعوى الضامن) على المشترى (المبيع) مفعول دعوى (بعد ذلك) لان هذا الضمان ترغيب للمشترى فى الابتياع والترغيب بمنزلة الاقرار بملك البايع فلاتصح دعوى الملكية لنفسه بعد ذلك للتناقض حتى لايسمع طلب الشفعة منه ولو فرض صحة دعواه لرجع المشترى عليه بحكم الكفالة فلايفيد (وكذا) يكون تسليما ولاتصح دعواه بعد هذا (لو كتب شهادته) على البيع (وختم) اى وضع خاتمه على عادة السلف (على صك) متعلق بكتب وختم على سبيل التنازع (كتب فيه) صفة صك (باع ملكه او) باع (بيعا باتا) نافذا اذا البيع على هذا الوجه لايكون الا فى ملكه فدعواه لنفسه بعد الاقرار لغير متناقض فلاتسمع قلنا على عادة السلف لانهم كانوا يختمونه بعد كتابة اسمائهم على الصك خوفا من التغيير والتزوير والحكم لا يختلف وفى الفتح الختم امر كان فى زمانهم وليس هذا فى زماننا قيد بقوله باع ملكه اوبيعا باتا لانه لو كتب شهادته فى صك ببيع مطلق عن قيد الملكية وكونه نافذا باتا لايكون تسليما تسمع بعده دعوى الملكية اذ ليس فيه مايدل على اقراره بالملك للبايع لان البيع قد يصدر من غير المالك ولعله كتب الشهادة لحفظ الحادثة بخلاف ماتقدم فانه مقيد بما ذكر كما فى المنح (بخلاف مالو كتبها) اى شهادته (على اقرار العاقدين) فانه لايكون تسليما اذ لايتعلق به حكم وانما هو مجرد اخبار ولو اخبر ان فلانا باع شيئا كان له ان يدعيه (وضمان الوكيل بالبيع الثمن للموكل باطل) يعنى اذا باع رجل لرجل ثوبا بامره ثم ضمن الثمن عن المشترى للآمر لايصح (وكذا ضمان المضارب الثمن لرب المال) باطل يعنى اذا باع المضارب مال المضاربة ثم ضمن الثمن لرب المال لايصح لان الكفالة التزام المطالبة وهى اليهما فيصير كل واحد منهما ضامنا لنفسه اذ حقوق العقد ترجع اليهما فلا يفيد ضمانهما بخلاف من لاترجع اليه الحقوق كالوكيل بالتزويج ان ضمن المهر والمأمور ببيع الغنائم من قبل الامام ان ضمن الثمن والرسول بالبيع ان ضمن الثمن لان كل واحد منهما

سفير ومعبر فيصح ضمانهم وكذا الوكيل بقبض الثمن اذا ضمن الثمن عن المشترى للوكل يصح (و) كذا (ضمان احد الشريكين حصة شريكه من ثمن ما باعاه صفقة واحدة) باطل يعنى لو باع رجلان ثوبا من رجل صفقة واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن بطل الضمان لانه لو صح مع الشركة يصير ضامنا لنفسه فلو صح فى نصيب صاحبه لادى الى قسمة الدين قبل قبضه وذا باطل (وصح) ضمان احد الشريكين (لو بصفقتين) لان الصفقة اذا تعددت فما يجب لكل منهما بعقده يكون له خاصة الایرى ان المشترى لو قبل نصيب احدهما ورد الآخر صح (وضمان الدرك) صحيح لانه ضمان الثمن عند ورود الاستحقاق لانه المفهوم فيما بين الناس فكان المضمون معلوما وهو قادر على الوفاء بما التزم فصح (و) ضمان (الخراج) صحيح لما مر انه دين مطالب من جهة العباد بخلاف الزكوة وفى البحر اطلقه فتمل الخراج الموظف وخراج المقاسمة وخصه بعضهم بالموظف وهو مايجب فى الذمة ونفى الضمان بخراج المقاسمة لانه لم يكن دينا فى الذمة والرهن كالكفالة بجامع التوثيق فيجوز فى كل موضع تجوز الكفالة فيه كما ذكره الزيلعى وهو منقوض بالدرك فان الكفالة به جائزة دون الرهن انتهى لكن التخصيص واجب بقرينة قوله او رهن به فانه لايصح الرهن بخراج المقاسمة تأمل ولو اكتفى فيما سبق بقوله وصح الرهن والكفالة بالخراج لكان اخصر تدبر (و) ضمان (القسمة صحيح) خبر لكل من ضمان الدرك والخراج والقسمة قيل هى النوائب بعينها او حصة منها فعلى هذا النوائب الآتية مستدركة تدبر وقيل هى النائبة الموظفة الراتبة الديوانية فى كل شهر او سنة والمراد بالنوائب غير راتب بل يلحقه احيانا ويحتمل ان يقع ويحتمل ان لايقع وقيل المراد بالقسمة اجرة القسام وقال ابو جعفر معناها اذا طلب احد الشريكين القسمة من صاحبه فضمنها انسان صح لانها واجبة عليه وقيل معناها اذا اقتسما ثم منع احدهما قسم الآخر كما فى شرح التسهيل (وكذا ضمان النوائب) وفى الصحاح النائبة المصيبة واحدة نوائب الدهر وفى اصطلاحهم قيل ارادوا بها مايكون بحق وقيل المراد بها ماليس بحق وعن هذا قال (سواء كانت بحق ككرى النهر) المشترك (واجرة الحارس) والمال الموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسرى فان الكفالة بها جائزة بالاتفاق لانه كفل بما هو مضمون على الاصيل (او بغير حق كالجبايات) التى فى زماننا تأخذها الظلمة بغير حق ففى جوازها اختلاف المشايخ فقال بعضهم لاتجوز الكفالة منهم صدر الاسلام البزدوى لانها ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة او الدين وهنا لامطالبة ولادين شرعيين فلم يتحقق معناها وقال بعضهم تجوز منهم فخر الاسلام على البزدوى لانها فى المطالبة مثل سائر الديون بل فوقها والعبرة المطالبة

لانهـا شرعت لالتزامهـا فى المطالبة الحسية كالمطالبة الشرعيـة ولذا قلنا من قام بتوزيع هـذه النوائب على المسلمين بالعدل يوجر وان كان الآخذ بالاخذ ظـالما وقلنـا من قضى نائبة عن غيره بامره رجع عليه وان لم يشترط الرجوع وهو الصحيح كمن قضى دين غـيره بامره كما فى البحر وفى الاصـلاح والفتوى عـلى الصحة فانهـا كالـديون الصحيحة حتى لو اخذت من الاكار فله الرجوع عـلى مالك الارض وهو اختيار المص (وضمـان العهدة باطل) لاشـتباه المراد بها لاطلاقها على الصك القديم وعلى العقد وعلى حقوقه وعلى خيـار الشرط فتعذر العمل بها قبل البيان فتبطل للجهالة (وكذا ضمان الخلاص) باطل عند الامام (خـلافا لهما) اى قالا هى صحيحة بنـاء على تفسـيرها بتخليص المبيع ان قدر عليـه ورد الثمن ان لم يقدر عليه وهو ضمان الدرك فى المعنى والامام فسرهـا بتخليص المبيع لا محالة ولا قدرة عليه لان المستحق لا يمكنه منه ولو ضمن تخليص المبيـع او رد الثمن جاز لامكان الـوفاء به وهو تسليمه ان اجاز المستحق او رده ان لم يجز والخلاف راجع الى التفسير كما فى البحر والخلاف لفظى فقط تدبر (ولو قال الكفيل ضمنته الى شهر وقال الطالب بل) ضمنته (حالا فالقول للكفيل وفى الاقرار) يعنى من قال لآخر لك على مائة الى شهر فقـال المقر له هى حالة (فالقول للمقر له) والفرق ان الكفيل لم يقر بالدين فلا دين عليـه فى الصحيح بل اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر والطالب يدعى عليـه المطالبة فى الحال وهو ينكر فالقول له والمقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه هو تأخير المطالبة الى شهر فلا يقبـل قوله بلا بينة وقال الشـافعى القول للمقر فى الفصـلين وكذا يروى عن ابى يوسـف (ولا يؤخذ ضامن الدرك ان استحق المبيع مالم يقبض بثمنـه عـلى بايعه) لان البيع لا ينتقض بمجرد الاستحقاق على ظـاهر الرواية مالم يقض بالثمن على البـايع فلا يجب رد الثمن عـلى الاصيـل فلا يجب على الكـفيل وعن ابى يوسف وهو قول الائمة الثلثـة انه يرجع بمجرد القضـاء بالاستحقاق وفى التنوير قال لآخر اسلك هذا الطريق فانه آمن وسلك واخذ ماله لم يضمن ولو قال ان كان مخوفا واخـذ مالك فانا ضامن ضمن

﴿ باب كفالة الرجلين والعبدين ﴾

لما فرغ من ذكر كفالة الواحـد ذكـر كفالة الاثنين والاثنين بعد الواحـد طبعـا فاخر وضعـا (دين عليهمـا) اى على اثنين لآخر بان اشتريا منه ثوبا (وكفل كل) واحد من الاثنين (عن صـاحبه) جاز العقد لـعدم المـانع اذ يكون كل واحد منهما فى النصـف اصيلا وفى النصف الآخر كفيلا (فاداه

احدهما) اى فما ادى احدهما من الدين نصفه (لايرجع به) اى بما ادى (على الاخر) اى على شريكه وان عين عن نصيب صاحبه لان وقوع الاداء عما هو عليه اصالة اولى من وقوعه كفالة اذ الاول دين مع المطالبة والثانى مطالبة فقط ولانه لو وقع فى النصف عن صاحبه كان لصاحبه ان يرجع عليه بان يجعل المؤدى عنه لان المؤدى نائبه واداء نائبه كادائه فيؤدى الى الدور الا اذا زاد على النصف) فينصرف الى ماعليه كفالة فيرجع على شريكه ان كفل بامره (ولو كفلا) اى الاثنان (بمال عن رجل) بالتعاقب (وكفل كل واحد منهما به) اى بجميع المال (عن صاحبه) يعنى اذا كان على رجل الف درهم مثلا فكفل عنه اثنان كل منهما بجميعه على الانفراد ثم كفل كل منهما عن صاحبه بما لزمه بالكفالة اذ الكفالة بالكفيل جائزة (فما اداه) كل منهما (رجع بنصفه على شريكه) قليلا كان المؤدى اوكثيرا اذ الكل كفالة فلا رجحان لكل من الكفالتين على الاخرى بالمطالبة ثم يرجعان على الاصيل (او) رجع هو (بكله) اى بكل ما اداه (على الاصيل) ابتداء (لو) كفل (بامره) اذا كفل كل منهما بالجميع فلا يؤدى الى الدور هذا اذا كفل كل منهما عن صاحبه بالجميع واما اذا كفل كل منهما بالنصف ثم كفل كل صاحبه فهى كالمسئلة الاولى فى الصحيح وكذا لو كفلا على الاصيل بالجميع ثم كفل عن كل صاحبه لان الدين ينقسم عليهما نصفين فلا يكون كفيلا عن الاصيل بالجميع وكفل كل بالجميع متعاقبا ثم كفل كل صاحبه بالنصف لمغايرة جهة الضمان كما فى الدرر وغيره (ولو ابرأ الطالب احدهما) اى احد الاثنين (فله) اى للطالب (اخذ) الكفيل (الاخر بكله) اى بكل المال لان كلا منهما كفيل بالكل عن الاصيل فيأخذه به (ولو فسخت المفاوضة) اى لو اشترى احدا لمفاوضين شيئا ثم فسخت المفاوضة بينهما (فلرب الدين اخذ من شاء من شريكيها) اى شريكى المفاوضة (بكل دينه) لان الكفالة تثبت بعقد المفاوضة فلا تبطل بالافتراق قيد بالمفاوضة لان شريك العنان لايؤاخذ عن شريكه لانها لاتتضمن الكفالة بل الوكالة كما مر فى الشركة (وما اداه احدهما لايرجع به) اى بما ادى (على الاخر مالم يزد به على النصف) لما بيناه آنفا (واذا كوتب العبدان بعقد واحد) بان قال المولى كاتبتكما على الف وقبلا (وكفل كل) من العبدين (عن صاحبه صح) العقد (ورجع كل منهما على الاخر بنصف ما ادى) والقياس ان لايصح لان فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل منهما بانفراده باطل وعند الاجتماع اولى فصار كما اذا تعاقبت كتابهما فانه باطل ولهذا قال بعقد وجه الاستحسان

ان

ان تصرف الانسان يجب تصحيحه بقدر الامكان وقد امكن هنا بان يجعل كل المال على كل منهما فى حق المولى وحق نفسه وعتق الاخر معلق بادائه لان معنى قوله كاتبتكما بالف ان اديتما الف درهم فانتما حران فكأنه قال لكل منهما ان اديت الالف فانت حر فيكون عتق كل واحد معلقا باداء الالف ولا يحصل عتقه باداء نصفه اذا لشرط يقابل المشروط جملة ولا يقابله اجزاء فيطالب المولى كلا منهما بجميع المال بحكم الاصالة لا الكفالة فايهما ادى عتق وعتق الاخر تبعا له كما فى ولد المكاتب فما ادى احدهما رجع على الاخر لاستوائهما ولو رجع بالكل او لم يرجع بشئ انتفى المساواة كما فى الدرر قيد بقوله وكفل لانه لو كاتبهما معا ولم يزد على ذلك لزم على كل واحد منهما حصته ويعتق باداء حصته فلو زاد على انهما ان اديا عتقا ولو عجز اردا فى الرق ولم يذكر الكفالة فعندنا لا يعتق واحد منهما ما لم يصل جميع المال الى المولى خلافا لزفر فانه قال يعتق باداء حصته (وان اعتق السيد احدهما) اى احد العبدين المكاتبين فيما اذا كاتبهما وشرط كفالة كل منهما عن صاحبه قبل الاداء (صح) عتقه لمصادفته ملكه وبرئ عن النصف لانه ما رضى بالتزام المال الا ليكون المال وسيلة الى العتق وما بقى وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الاخر لان المال فى الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان واذا جاء العتق استغنى عن الاحتيال فاعتبر مقابلا برقبتيهما فلهذا ينتصف كما فى الهداية (وله) اى للمولى (ان يأخذ حصة الاخر منه) اى الاخر (اصالة او من المعتق كفالة ويرجع المعتق فقط بما ادى على صاحبه) اى ان اخذ المولى حصة الاخر من المعتق رجع المعتق بما يؤدى على الاخر لانه مؤدى عنه بامره فان اخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشئ لانه ادى عن نفسه لا يقال اخذ المعتق بالكفالة تصحيح للكفالة ببدل الكتابة وهو بطل لان كل واحد منهما كان مطالبا بجميع الالف والباقى بعض ذلك فيبقى على تلك الصفة لان البقاء يكون على وفق الثبوت كما فى المنح (ولو كان على عبد مال لا يجب عليه) صفة مال اى على العبد (الا بعد عتقه) وهو دين لم يظهر فى حق مولاه بل فى حقه يؤخذ بعد عتقه كما لو لزمه باقرار او استقراض اواستهلاك وديعة (فكفل به) اى بذلك المال (رجل كفالة مطلقة) عن قيد الحلول او التأجيل (لزم الكفيل حالا) لان المال حال على العبد لوجود السبب وقبول ذمته الا ان المطالبة تأخرت عنه بعسرته اذ هذه الديون لا تتعلق برقبته لعدم ظهورها فى حق المولى فصار كما لو كفل عن غائب او مفلس بخلاف ما اذا كفل بدين مؤجل حيث لا يلزم الكفيل حالا بل مؤجلا (واذا ادى) الكفيل ما على العبد (لا يرجع

على العبد الابعد عتقه) ان كان بامره لان الطالب كان يرجع عليه بعد العتق فكذا الكفيل لانه قائم مقامه (ولو ادعى رقبة عبد فكفل به رجل فات العبد) المكفول برقبته قبل التسليم الى المدعى (فبرهن المدعى) اى اقام بينة (انه) اى العبد (له) اى ملكه (ضمن الكفيل قيمته) اى قيمة العبد لانه كفل عن ذى اليد بتسليم رقبة العبد لان المدعى يدعى غصب العبد على ذى اليد والكفالة بالاعيان المضمونة بنفسهما جائزة فيجب على الكفيل رد العين فان هلكت تجب عليهما قيمتها بخلاف ما اذا ثبت الملك له باقرار ذى اليدو بنكوله لان اقرار الاصيل ليس بحجة فى حق الكفيل فلا يلزمه ما لم يقر به الكفيل بنفسه (ولو كفل سيد عن عبده) بامره (او) كفل (عبد غير مديون) قيد به تصحيحا للكفالة فان كفالة المديون عن مولاه لاتصح لانها تتضمن ابطال حق الغرماء (عن سيده) بامره (فعتق) العبد (فاى) من السيد او العبد (ادى) المال المكفول به (لايرجع على الآخر) لان الكفالة وقعت غير موجبة لان احدهما يستوجب دينا على الآخر وقال زفر ان كانت الكفالة بالامر يرجع كل منهما على صاحبه لان المانع وهو الرق قد زال قلنا وقعت غير موجبة للرجوع فلاتنقلب موجبة له بعد ذلك

كتاب الحوالة

ذكرها بعد الكفالة لان كلا منهما عقد التزام ما على الاصيل للتوثق الا ان الحوالة تتضمن براءة الاصيل براءة مقيدة بخلاف الكفالة فكانت كالمركب مع المفرد والمفرد مقدم وهى فى اللغة النقل والتحويل وحروفها كيفما تركبت دارت على معنى النقل والزوال وقيل هى اسم بمعنى الاحالة يقال احلت زيدا بماله على فلان ولذا قيل للمديون محيل ومحتال وللدائن محال ومحتال ولمن يقبل الحوالة محال عليه ومحتال عليه وللدين محال به ومحتال به لكن ترك عند الاستعمال محتال فى محيل فرارا عن التباسه المفعول من بابه وقد فرق البعض بالحاق له الى المفعول وقال محتال له قيل هو لغو لعدم الحاجة الى الصلة وفى اصطلاح الفقهاء (هى) اى الحوالة (نقل الدين من ذمة الى ذمة) اى من ذمة المحيل الى ذمة المحتال عليه واختلف المشايخ فى انها هل توجب البراءة عن الدين والمطالبة جميعا او عن المطالبة دون الدين والصحيح من المذهب انها توجب البراءة من الدين كما فى المنح (وتصح الحوالة فى الدين لا فى العين) اما الصحة فبالاجماع وبما روى البخارى ومسلم عن ابى هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله عليه الصلوة والسلام مطل الغنى ظلم واذا اتبع احدكم على ملى فليتبع

اى اذا احيل احدكم على ملى فليحتل والامر بالاتيان دليل الجواز واما اختصاصها بالدين فلان الحوالة نقل حكمى والدين وصف حكمى يثبت فى الذمة فجاز الدين ان يقبل ذلك النقل اما العين كالثوب فحسى فلا يقبل النقل الحكمى بل يحتاج الى النقل الحسى فلا بد من ان يكون للمحتال دين على المحيل ولذا قال فى القنية احال عليه مائة من من الحنطة ولم يكن للمحيل على المحتال عليه شئ ولا للمحتال على المحيل فقبل المحتال عليه ذلك لاشئ عليه (برضى) متعلق بتصح (المحتال) لان الدين حقه والذمم متفاوتة ولا بد من رضاه لاختلاف الناس فى الايفاء وهذا بالاجماع (والمحتال عليه) لان الدين يلزمه فلا بد من التزامه والاصح من مذهب الشافعى ان لا حاجة الى رضاه اذا كان المحال به دين المحيل وهو قول مالك واحمد لان الحق للمحيل فله ان يستوفيه بنفسه و بغيره قيد برضاهما لانها لا تصح مع اكراه احدهما واراد من الرضى القبول فى مجلس الايجاب لكن فى البزازية لو احال الى غائب فقبل بعد ما علم صحت ولا تصح فى غيبة المحتال الا ان يقبل رجل له الحوالة (وقيل لا بد من رضى المحيل ايضا) كما لا بد من رضى المحتال والمحتال عليه وفى البحر رضى المحيل ليس بشرط على ماذكره محمد فى الزيادات وشرطه القدورى وانما شرطه للرجوع عليه فلا اختلاف فى الروايات وفى العناية وذكر فى الزيادات ان الحوالة تصح بدون رضاه لان التزام الدين من المحتال عليه تصرف فى حق نفسه والمحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه لان المحتال عليه لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره قيل وعلى هذا تكون فائدة اشتراطه الرجوع عليه اذا كانت بامره وقيل لعل موضوع ماذكر فى القدورى ان يكون للمحيل على المحتال عليه دين يقدر بقدر مايقبل الحوالة فانها حينئذ تكون اسقاطا لمطالبة المحيل على المحتال عليه فلا تصح الا برضاه والظاهر ان الحوالة قد تكون ابتداؤها من المحيل وقد يكون من المحتال عليه والاول احالة وهى فعل اختيارى لا يتصور بدون الارادة والرضى وهو وجه رواية القدورى والثانى احتيال يتم بدون ارادة المحيل بارادة المحتال عليه ورضاه وهو وجه رواية الزيادات وعلى هذا اشتراطه مطلقا كما ذهب اليه الائمة الثلاثة بناء على ايفاء الحق فله ايفاؤه من حيث شاء من غير قسر عليه بتعيين بعض الجهات اوعدم اشتراطه مطلقا كما ذهب اليه بعض الشارحين على رواية الزيادات ليس على ماينبغى انتهى (واذا تمت) الحوالة (برئ المحيل من الدين بالقبول) اى بقبول المحتال الحوالة على المحتال عليه وقال زفر لا يبرأ اعتبارا بالكفالة اذ كل واحد منهما عقد توثق بحق ولنا ان الاحكام الشرعية تبنى على وفق المعانى فمعنى الحوالة النقل والتحويل وهو لا يتحقق

الا بفراغ ذمة الاصيل بخلاف الكفالة قوله من الدين رد على من يقول انه يبرأ عن المطالبة لا الدين وقدتقدم بيانه آنفا ومراده انه يبرأ موقتة ومقتضى ماذكر من براءة المحيل ان المشترى لو احال البايع بالثمن على رجل لم يملك حبس المبيع وكذا لو احال المرتهن الراهن لايحبس الراهن ولو احال الزوج المرأة بصداقها لم تحبس نفسها بخلاف العكس فى الثلاثة وبه صرح فى البحر قال ولكن المنقول فى الزيادة عكسه وقوله بالقبول متعلق بقوله اذا تمت الحوالة (فلا يأخذ المحتال من تركته) اى من تركة المحيل الدين اذا مات المحيل (لكن يأخذ كفيلا من الورثة او الغرماء مخافة التوى) اى الهلاك (ولا يرجع عليه) المحتال (الا اذا توى حقه) فحينئذ يرجع عليه كما روى انه عليه السلام قال اذا مات المحتال عليه مفلسا عاد الدين ولان براءته مقيدة بسلامة حقه له فيرجع عليه عند عدم السلامة وقال الشافعى لا يرجع عليه عند التوى باى طريق كان لان الساقط لا يعود وفى البحر ومراده اذا كانت الحواله باقية اما اذا فسخت الحوالة فان للمحتال الرجوع بدينه على المحيل ولذا قال فى البدايع ان حكمها ينتهى بفسخها و بالتوى وقوله و بالتوى مقيد بان لا يكون المحيل هو المحتال عليه ثانيا لما فى الذخيرة رجل احال رجلا عليه دين على رجل ثم ان المحتال عليه احاله على الذى عليه الاصل برئ المحتال عليه الاول فان توى المال على الذى عليه لايعود على المحتال عليه الاول (وهو بموت المحتال عليه مفلسا) بان لم يترك مالا عينا ولا دينا ولا كفيلا (او انكاره) اى انكار المحتال عليه (الحواله وحلفه) اى المحتال عليه (ولا بينة) للمحتال والمحيل (عليها) اى على الحوالة وهذا عند الامام لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منها وهو التوى فى الحقيقة (وعندهما بتفليس القاضى اياه) اى المحتال عليه ايضا لانه عجز عن الاخذ منه بتفليس الحاكم وقطعه عن ملازمته عندهما كعجزه عن الاستيفاء بموته مفلسا و بالجحود قيدنا بان لم يترك كفيلا لان وجود الكفيل يمنع موته مفلسا على ما فى الزيادات وفى الخلاصة لا يمنع وان المحتال لو ابرأ الكفيل بعد موت المحتال عليه مفلسا فله ان يرجع بدينه على المحيل وفى البزازية اخذ المحتال من المحتال عليه بالمال كفيلا ثم مات المحتال عليه مفلسا لايعود الدين الى ذمة المحيل سواء كفل بامره او بغير امره والكفالة حالة اوموجلة او كفل حالا ثم اجله المكفول له وان لم يكن به كفيل تبرع رجل اورهن به رهنا ثم مات المحتال عليه مفلسا عاد الدين الى ذمة المحيل ولو كان مسلطا على البيع فباعه ولم يقبض الثمن حتى مات المحتال عليه مفلسا بطلت الحوالة والثمن لصاحب الرهن ولو اختلفا فى كونه مفلسا فالقول للمحتال مع يمينه (على العلم) وتصح الحوالة (بالدراهم

المودعة) يعني اذا اودع رجل رجلا الف درهم واحال بها عليه آخر صح لانه اقدر على التسليم فكانت اولى بالجواز (ويبرأ المحتال عليه) عن الحواله (بهلاكها) كالزكوة المقيدة بالنصاب لان المحتال التزم الاداء من هذه الدراهم وهى قد هلكت امانة وايضا يبرأ المودع عن الحوالة اذا استحقت الدراهم المودعة فيعود الدين على ذمة المحيل (و بالمغصوبة) اى تصح الحوالة بالدراهم التى غصبها المحال عليه من المحيل (ولا يبرأ بهلاكها) اى لايبرأ الغاصب بهلاك المغصوبة لانه لايبطل الحوالة لانه فات الى خلف وهو الضمان والخلف يقوم مقام الاصل وكان المغصوب قائما معنى فلا يبطل واما اذا استحق المغصوب بطلت الحوالة لان المغصوب وصل الى مالكه فهو يوجب براءة الغاصب عن الضمان (واذا قيدت الحوالة بالدين او الوديعة او الغصب لايطالب المحيل (المحتال عليه) اى لايطلب المحيل من المحتال عليه ماعنده اوعليه من الدراهم المودعة او المغصوبة او الدين لان هذه الحوالة المقيدة تتضمن توكيل المحتال بقبض ماعلى المحتال عليه اوماعنده و يتضمن تسليم المحتال عليه ماعنده او عليه بامر المحيل فلايطلب المحيل ذلك من المحتال لتعلق حق المحتال كالراهن لايملك مطالبته لتعلق حق المرتهن حتى يضمن المحتال عليه للمحتال ان دفع الى المحيل (مع ان المحتال اسوة لغرماء المحيل بعد موته) اى بعد موت المحيل يعنى ان هذه الاموال اذا تعلق بها حق المحتال كان ينبغى ان لايكون المحتال اسوة لغرماء المحيل بعد موته كما فى الرهن مع انه اسوة لهم لان العين الذى بيد المحتال عليه للمحيل والدين الذى له عليه لم يصر مملوكا للمحتال بعقد الحوالة لايدا وهو ظاهر ولارقبة لان الحوالة ماوضعت للتمليك بل لنقله فيكون بين الغرماء واما المرتهن فيملك المرهون يدا وحسا فيثبت له نوع اختصاص بالمرهون شرعا لم يثبت لغيره فلايكون لغيره ان يشاركه فيه وقال زفر المحتال احق به من الغرماء لان الدين صار له بالحوالة كالمرتهن بالرهن بعد موت الراهن (وان لم تقيد) الحوالة (بشئ) من المذكورات (فله) اى للمحيل (المطالبة) من المحتال عليه بالعين اوالدين و يقدر المحتال عليه ان يدفعها الى المحيل اذ لاتعلق لحق المحتال بما عنده او عليه بل حقه فى ذمة المحتال عليه وفى ذمته سعة فغاية مايجب على المحتال عليه اداء دين المحتال من مال نفسه (ولاتبطل الحوالة) سواء كانت مقيدة اومطلقة (باخذه) اى المحيل (على المحتال عليه) من الدين (اوعنده) من الوديعة اوالغصب اما فى المطلقة فانها لم تتعلق بهذه الاشياء لعدم الاضافة اليها واما فى المقيدة فلان المحتال عليه قد دفع ماتعلق به حق المحتال الى من ليس له حق الاخذ فيضمنه للمحتال

ويرجع الى المحيل بما دفع اليه فلاتبطل الحوالة (واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل ما احال به فقال احلت بدين لى عليك لايقبل بلاحجة) اى لايسمع قول المحيل للمحتال عليه احلت بدين لى عليه حين طلب المحتال عليه المحيل مثل ماحاله الا ببينة اذ المحتال عليه انكر الدين لان اقراره بالحوالة وقبوله لايكون اقرارا ولادليلا على ان عليه له دينا اذا لحوالة تجوز بدون الدين على المحتال عليه بل يسمع طلب المحتال عليه لوجود سببه هو اداء الدين بامره (ولو طلب المحيل المحتال بما احال فقال احلتنى بدين لى عليك لايقبل بلاحجة) اى لايسمع قول المحتال للمحيل احلتنى بدين لى عليك حين طلب المحيل من المحتال ماقبضه الا ببينة لان المحيل انكر الدين اذ اقراره بالحوالة واقدامه عليها لايكون اقرارا بالدين لان الحوالة تستعمل فى الوكالة بمعنى نقل التصرف بل يسمع طلب المحيل كطلب الموكل من الوكيل ماقبضه وفى التنوير ادى المال فى الحوالة الفاسدة فهو بالخيار ان شاء رجع على القابض وهو المحتال وان شاء رجع على المحيل ولايصح تأجيل عقدها (وتكره السفتجة) بضم السين والتاء عند سيبويه وبفتح التاء عند الاخفش تعريب سفته ومعناها المحكم (وهى الاقراض) اى ان يقرض الى تاجر مثلا قرضا ليدفعه الى صديقه فى بلد آخر (لسقوط خطر الطريق) وانما كرهت لورود النهى عن قرض جر نفعا وانما ذكرت المسئلة فى هذا الباب لان هذا الاقراض فى معنى حوالة الصديق على المستقرض اولانه حوالة خطر الطريق اليه اولان المقرض يحيله بالاداء الى الصديق

كتاب القضاء

لما كان اكثر المنازعات يقع فى البياعات والديون عقبها بما يقطعها وهو قضاء القاضى اضاف الكتاب الى القضاء دون الادب نظرا الى ان بيان القضاء مقصود و بيان الادب متبوع والقضاء فى اللغة له معان يكون بمعنى الاتقان والاحكام وفى المصباح انه مصدر قضيت بين الخصمين وعليهما حكمت والجمع الاقضيته وقضى اى حكم ومنه قوله تعالى وقضى ربك الاتعبدوا الا اياه * و بمعنى الابلاغ و بمعنى الاداء والانهاء ومنه قوله تعالى وقضينا الى بنى اسرائيل فى الكتاب وقضينا اليه ذلك الامر اى انهيناه اليه وابلغناه ذلك و بمعنى الصنع والتقدير ومنه قوله تعالى * فقضاهن سبع سموات فى يومين ومنه القضاء والقدر و يقال استقضى فلان اى صيره قاضيا وفى الشرع هو قطع الخصومة اوقول ملزم صدر عن ولاية عامة وفيه معانى اللغة جميعا فكانه الزمه بالحكم واخبره به وفرغ عن الحكم بينهما وقدر ماعليه وماله واقام قضاءه مقام صلحهما

وتراضيهما لان كل واحد منهما قاطع للخصومة وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع ومحاسنه لاتخفى على احد ولولا ذلك لفسد العباد وخرب البلاد وانتشر الظلم والفساد والحاكم نائب الله تعالى في ارضه في انصاف المظلوم من الظالم وايصال الحق الى المستحق والامر بالمعروف والنهي عن المنكر وبه امر كل نبي قال الله تعالى انا انزلنا التورية فيها هدى ونور يحكم بها النبيون وقال الله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله ولاتتبع اهواءهم ولاجله بعث الرسل والانبياء وكان عليه الخلفاء والعلماء ولهذا قال (القضاء بالحق من اقوى الفرائض وافضل العبادات) بعد الايمان بالله تعالى ثم هو على خمسة اوجه واجب وهو ان يتعين له ولا يوجد من يصلح له غيره لانه اذا لم يفعل ادى الى تضييع الحكم فيكون قبوله امرا بالمعروف ونهيا عن المنكر وانصاف المظلوم من الظالم ومستحب وهو ان يوجد من يصلح له غيره لكن هو اصلح واقوم به ومخير فيه وهو ان يستوى هو وغيره في الصلاحية والقيام به ومكروه وهو ان يكون صالحا للقضاء لكن غيره اصلح واقوم به وحرام وهو ان يعلم من نفسه العجز عنه وعدم الانصاف فيه في باطنه من اتباع الهوى بما لا يعرفه ثم اعلم ان رزقه وكفايته وكفاية اهله واعوانه ومن يمونهم يكون من بيت المال لانه محبوس لحق العامة فلولا الكفاية ر بما يطمع في اموال الناس وان عمر رضي الله تعالى عنه اعطى شريحا كل شهر مائة درهم واعطاه على رضي الله عنه كل شهر خمسمائة درهم (واهله) اى القضاء (من هو اهل للشهادة) لان كلا منهما من باب الولاية لانه تنفيذ القول على الغير ولان كلا منهما الزام اذ الشهادة ملزمة على القاضي والقضاء ملزم على الخصم (وشرط اهليته) اى القضاء (شرط اهليتها) اى الشهادة من العقل والبلوغ والاسلام والحرية وغيرها مما سنذكر في كتاب الشهادة ان شاء الله تعالى (والفاسق اهل له) اى للقضاء (ويصح تقليده) اي تقليد الفاسق اي المسلم الذي اقدم على كبيرة او اصر على صغيرة وفيه اشعار بان قضاء المستور صحيح بلا قبح كما في القهستاني وبان العدالة شرط الاولوية وهذا ظاهر الرواية وفي النوادر عن اصحابنا انه لايجوز قضاؤه كما في الاختيار وهو قول الائمة الثلاثة (ويجب ان لايقلد) الفاسق القضاء اذ لا يؤتمن عليه لقلة مبالاته بواسطة فسقه حتى لو قلد كان المقلد آثما (كما يصح قبول شهادته) اى شهادة الفاسق حتى لو قبل القاضي وحكم بها كان آثما لكنه ينفذ وفي الدرر هذا اذا غلب على ظنه صدقه وهو مما يحفظ (ويجب ان لاتقبل شهادته) وفي الشمني اجتماع هذه الشرائط من الاجتهاد والعدالة وغيرهما متعذر في عصرنا لخلو العصر عن المجتهد والعدل فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة وان كان جاهلا فاسقا قال قاضيخان ويصح تعليق

تقليد القضاء والامارة بالشرط وكذا الاضافة الى وقت في المستقبل وتعليق عزل القاضي بالشرط صحيح كتعليق الوكالة ولو كان في المصر قاضيان كل على محلة على حدة فالعبرة للمدعى عند ابي يوسف وللمدعى عليه عند محمد وهو الصحيح (ولو فسق) القاضي (العدل) باخذ الرشوة وغيرها من الزنا اوشرب الخمر (يستحق العزل) اي يجب على السلطان عزله كما في البزازية وفي المعراج يحسن عزله لوجود سبب الاستحقاق (ولا ينعزل في ظاهر المذهب وعليه مشايخنا) وهو الصحيح وعليه الفتوى كما في الواقعات وقال بعض المشايخ اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق وهو قول الائمة الثلاثة وفي الاصلاح وعليه الفتوى لكن في البحر وهو غريب ولم اره والمذهب خلافه وتمامه فيه فليطالع وفي البزازية لو شرط في التقليد انه متى فسق ينعزل انعزل وفي نوادر ابن هشام قال محمد لو فسق القاضي ثم تاب فهو على قضائه كما اذا عمي ثم ابصر وكذا اذا ارتد والعياذ بالله تعالى ثم اسلم قيد بالقضاء لان الفسق لا يمنع الامامة بلا خلاف ولا ينعزل بالفسق وفي البحر الوالي اذا فسق فهو بمنزلة القاضي يستحق العزل ولا ينعزل ولو حكم الوالي بنفسه لم يصح لانه لم يفوض اليه (ولو اخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضيا) اي بمال دفعه لتوليته لم تصح توليته وهو الصحيح ولو قضى لم ينفذ وبه يفتى اذا لامام لو قلد برشوة اخذها هو اوقومه وهو عالم به لم يجز تقليده كقضائه برشوة كما في البحر وغيره ولم ار حكم ما لو اخذ قومه وهو غير عالم به هل يجوز تقليده ام لا وينبغي ان يجوز تقليده لان مفهوم قوله وهو عالم به يقتضي جوازه اذا لم يعلم كما لو ارتشى وكيل القاضي اونائبه اوكاتبه او بعض اعوانه فان بامره ورضاه فهو كما لو ارتشى بنفسه وان بغير علمه ينفذ قضاؤه وعلى المرتشي رد ما قبض تتبع قيده بالتولية لانه لو اخذ القاضي الرشوة وقضى لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى بالاجماع وحكى في الفصول فيه اختلافا فقيل لا ينفذ فيما ارتشى وينفذ فيما سواه وهو اختيار شمس الائمة وقيل لا ينفذ فيهما وقيل ينفذ فيهما وفي البحر قضى ثم ارتشى اوارتشى ثم قضى اوارتشى ولده لا لانه لما اخذ المال اوابنه يكون عاملا لنفسه اوابنه وان كتب اليه ليسمع الخصومة واخذ اجرة مثل الكتابة ينفذ لانه ليس برشوة لما في فتاوى النسفي يحل للقاضي اخذ الاجرة على كتبه السجلات والمحاضر وعندهما لكل الف درهم خمسة دراهم وان كان اقل من الالف لكن لحقه من المشقة مثل ذلك ففيه خمسة ايضا وفي الخزانة وما قيل في الالف من الثمن خمسة لا نقول به ولا يليق ذلك بفقه اصحابنا واي مشقة للكاتب في اخذ الثمن وانما اجرة مثله بقدر مشقته و بقدر عمله في صنعته ايضا كما يستأجر الحكاك والنقاب باجر

كثير فى مشقة قليلة واجرة كتبة القبالة على رب الدين واعلم ان مادفع امادفع للتوددو هو حلال من الجانبين واما لصيرورته قاضيا وهو حرام منهما واما لخوف على نفسه او ماله وهو حرام على الآخذ حلال للدافع وكذا اذا طمع فى ماله فرشاه ببعض المال واماليسوى امره عند الوالى فان كان ذلك الامر حراما فحرام على الجانبين وان حلالا فحرام على الآخذ ان اشترط وحلال للدافع الا ان يستأجره مدة معلومة بما يدفع اليه فانه حلال وان لم يشترط وطلب منه ان يسوى امره واعطاه بعدمايسوى اختلفوا فيه قال بعضهم لايحل له الاخذ وقال بعضهم يحل وهو الصحيح لانه براه مجازاة الاحسان فيحل كما فى البحر والرشوة لاتملك ولذا يلزم الاسترداد (والفاسق يصلح مفتيا) لانه يجتهد حذار النسبة الى الخطاء (وقيل لا) يصلح لانه من امور الدين وخبره غير مقبول فى الديانات ورجحه صاحب البحر فقال وظاهر ما فى التحرير انه لايحل استفتاؤه اتفاقا فانه قال الاتفاق على حل استفتاء من عرف من اهل العلم بالاجتهاد والعدالة اورآه منتصبا والناس يستفتونه معظمين وعلى امتناعه ان ظن عدم احدهمافان جهل اجتهاده دون عدالته فالمختار منع استفتائه بخلاف المجهول من غيره اذالاتفاق على المنع وتمامه فيه فليطالع ويكتفى بالاشارة من المفتى لا من القاضى اذ لا بد للقضاء من صيغة مخصوصة كحكمت والزمت او صح عندى او ثبت او ظهر عندى اوعلمت على الصحيح (ولا ينبغى ان يكون القاضى فظا) من الفظاظة وهى خشونة القول (غليظا) اى شديدا فى الكلام متفاحشا (جبارا) اى متكبرا مقبلا بغضب (عنيدا) اى مخالفا للحق لان القضاء دفع الفساد وهذه الاشياء بعينها فساد (و ينبغى ان يكون القاضى (موثوقا به) اى معتمدا عليه (فى دينه) بالاحتراز عن الحرام (وعفافه) لانه ملاك الدين (وعقله) لانه مدار التكليف (وصلاحه) لان فى ضده الفساد (وفهمه) ليفهم الفساد والخصوم (وعلمه بالسنة) والمراد بالسنة ماثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قولا وفعلا وتقريرا عند امر يعاينه (والآثار) وهى مايروى عن الاصحاب رضى الله تعالى عنهم (ووجوه الفقه) اى طرقه قال مسكين ان الفقه عند عامة العلماء اسم لعلم خاص فى الدين لا لكل علم وهو علم بالمعانى التى تعلقت بها الاحكام من كتاب وسنة واجماع ومقتضياتها واشاراتها و ينبغى ان يكون شديدا من غير عنف لينا من غير ضعف لان القضاء من اهم امور المسلمين فكل من كان اعرف واقدر واوجه واهيب واصبر على ما يصيبه من الناس كان اولى و ينبغى للسلطان ان يتفحص فى ذلك و يولى من هو اولى لقوله عليه السلام من قلد

انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وخان جماعة المسلمين وفي الاشباه فقد ظلم مرتين باعطاء غير المستحق ومنع المستحق لكن في زماننا توجيه القضاء الى المستحق غير ممكن لقلته او لمانع يمنع حتى ابتليت بان اولى القضاء من قبل من له الامر فلم اقدر ان اولى الاحق والاولى تجاوز الله عني وعن سائر المؤمنين بحرمة سيد المرسلين صلوات الله على نبينا وعليهم اجمعين (وكذا المفتي) يعني ينبغي ان يكون موصوفا بالصفات المذكورة (والاجتهاد شرط الاولوية) في القاضي والمفتي لا الجواز هو الصحيح تيسيرا وتسهيلا خلافا للائمة الثلاثة وفي الفتح واعلم ان ما ذكر في القاضي ذكر في المفتي ولا يفتي الا المجتهد وقد استقر رأي الاصوليين على ان المفتي هو المجتهد واختلفوا في المجتهد فقيل ان يعلم الكتاب بمعانيه والسنة بطرقها والمراد بعلمها علم يتعلق بها الاحكام منها من العام والخاص والمشترك والمأول والنص والناسخ والمنسوخ والمعرفة الاجماع والقياس ولا يشترط حفظه لجميع القرآن ولا لبعضه عن ظهر القلب بل ان يعرف مظان احكامها في ابوابها فيراجعها وقت الحاجة ولا يشترط التبحر في هذه العلوم ولا بد له في معرفة لسان العرب لغة واعرابا والاعتقاد فيكفيه اعتقاد جازم ولا يشترط معرفتها على طريق المتكلمين وادلتهم لانها صناعة لهم ويدخل في السنة اقوال الصحابة فلا بد من معرفتها لانه قد يقيس مع وجود قول الصحابي ولا بد له من معرفة عرف الناس وهو معنى قولهم لا بد ان يكون صاحب قريحة فاما غير المجتهد ممن يحفظ اقوال المجتهد فليس بمفت والواجب عليه ان يذكر قول المجتهد كابي حنيفة على جهة الحكاية فعرف ان ما يكون في زماننا من فتوى الموجودين ليس بفتوى بل هو نقل كلام المفتي ليأخذ به المستفتي وطريق نقله لذلك عن المجتهد احد الامرين اما ان يكون له سند فيه او يأخذه من كتاب معروف تداولته الايدي نحو كتب محمد بن الحسن ونحوها من التصانيف المشهورة للمجتهدين لانه بمنزلة الخبر المتواتر او المشهور وتمامه في البحر فليطالع وفي الخانية ان اختلاف الائمة الهدى توسعة على الناس فاذا كان الامام في جانب وهما في جانب خير المفتي وان كان احدهما مع الامام اخذ بقولهما الا اذا اصطلح المشايخ على قول الآخر فيتبعهم كما اختار الفقيه ابو الليث قول زفر في مسائل وصحح في السراج ان المفتي يفتي بقول الامام على الاطلاق ثم بقول ابي يوسف ثم بقول محمد ثم بقول زفر والحسن بن زياد ولا يخير اذا لم يكن مجتهدا واذا اختلف مفتيان يتبع قول الافقه وفي المنح وان خالف اباحنيفة صاحباه فان كان اختلافهم اختلاف عصر وزمان كالقضاء بظاهر العدالة يأخذ بقول صاحبيه لتغير احوال الناس وفي المزارعة والمعاملة ونحوهما يختار قولهما ويجوز للشاب

الفتوى اذا كان حافظا للروايات واقفا على الدرايات محافظا على الطاعات مجانبا للشهوات والعالم كبير وان كان صغيرا والجاهل صغير وان كان كبيرا (فيصح تقليد الجاهل) عندنا لان المقصود من القضاء ايصال الحق الى مستحقه وذلك يحصل بالعمل بفتوى غيره (و يختار المقلد الا قدر والاولى) لانه خليفة رسول الله عليه السلام في القضاء وفي الاصلاح وعند الشافعي لايصح تقليد الفاسق والجاهل وماقاله كان احوط في زمانه وفي زماننا الاحتياط فيما قلنا لان في اشتراط العلم والعدالة سد باب القضاء انتهى (وكره التقلد لمن خاف الحيف والعجز عن القيام به) اى كره قبول تقليد القضاء لخوف الجور اوعدم اقامة العدل لعجزه فعلى هذا لوقال لمن خاف الحيف او العجز لكان اولى لان احدهما يكفي كما في البحر (ولا بأس به) اى بالتقلد (لمن يثق من نفسه باداء فرضه) لان كبار الصحابة والتابعين رضوان الله عليهم اجمعين تقلدوه وكفى بهم قدوة وقيل لايجوز الدخول مطلقا بلا اجبار لقوله عليه السلام من ابتلى بالقضاء فكانما ذبح بغير سكين وقد روى ان الامام دعى للقضاء ثلاث مرات فابى حتى حبس وجلد في كل مرة ثلثون سوطا حتى قال له ابو يوسف لو تقلدت لنفعت الناس فنظر اليه شبه المغضب فقال لو امرت ان اقطع البحر سباحة لكنت اقدر عليه فقال ابو يوسف البحر عميق والسفينة وثيق والملاح عالم فقال الامام كانى بك قاضيا وذكر البزازى في مناقبه اقوالا حاصله ان الامام لم يقبل القضاء ومات على الاباء وانه رحمه الله تعالى احس بموته وسجد فخرجت روحه ساجدا سنة خمسين ومائة روح الله روحه وزاد في اعلى غرف الجنان فتوحه ومن غريب ماوقع انه جئ بجنازته فازدحم الناس فلم يقدروا على دفنه الابعد العصر واستمر الناس يصلون على قبره الشريف عشرون وحرر من صلى عليه خمسون الفا وفي الهداية والكافي والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل بحديث عدل ساعة خير من عبادة سنة والترك عزيمة لانه مأمور بالقضاء بالحق وربما يظن في الابتداء انه يقضى بالحق ثم لايقدر عليه في الانتهاء ولانه لايمكنه القضاء بالحق الا باعانة غيره ولعل غيره لا يعينه (ومن تعين له) اى للقضاء او تعين القضاء له (فرض عليه) صيانة لحقوق العباد ودفعا لظلم الظالمين وفي البحر انه فرض عين ان تعين وفرض كفاية عند وجود غيره يعني ان كان في البلد قوم صالحون له فامتنعوا فيه اثموا كلهم ان لم يقدر السلطان فصل القضايا (ولايطلب القضاء ولا يسئله) اى من صلح للقضاء ينبغي ان لايطلب بقلبه ولايسئله بلسانه لما روى انه عليه السلام قال من سأل القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه ملك يسدده اى يلهمه الرشد ويوفقه

للصواب وكذا الايسئل الامارة (و يجوز تقلده من السلطان الجائر) اى الظالم لان علماء السلف تقلدوا القضاء من الحجاج مع انه اظلم زمانه (ومن اهل البغى) وهم الذين خرجوا عن طاعة الامام لان الصحابة تقلدوه من معاوية فى نوبة على رضى الله عنه وكان الحق بيد على وقد قال على رضى الله عنه اخواننا بغوا علينا قال ابو الليث المتغلب اذا ولى رجلا قضاء بلدة وقضى ذلك القاضى فى مختلف فيه ثم رفع الى قاض آخر فان وافق رأيه امضاه وان خالف ابطله وهى بمنزلة حكم المحكم وفى العمادية التقلد من اهل البغى يصح و بمجرد استيلاء الباغى لاينعزل قضاة العدل و يصح عزل الباغى لهم حتى لو انهزم الباغى بعد ذلك لاينفذ قضايا هم بعد ذلك مالم يقلد هم سلطان العدل ثانيا لان الباغى صار سلطانا بالقهر والغلبة (الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بالحق) استثناء من قوله الجائر واهل البغى اى يجوز تقلده الا اذا لم يمكنه الجائر واهل البغى من القضاء بالحق فحينئذ لايجوز لان الحق لايحصل بالتقلد بخلاف ما اذا كان يمكنه (واذا تقلد احد القضاة بعد عزل الآخر يسئل ديوان قاض قبله وهو الخرائط التى فيه السجلات والمحاضر وغيرها) من الصكوك وكتاب نصب الاولياء وتقدير النفقات لان الديوان وضع ليكون حجة عند الحاجة فيجعل فى يد من له ولاية القضاء يكتب القاضى نسختين احديهما فى يد الخصم والاخرى فى ديوان القاضى اذ ربما يحتاج اليها لمعنى من المعانى وما فى يد الخصم لايؤمن عليه من الزيادة والنقصان فان كان الورق من بيت المال فلا اشكال فى وضعه فى يد القاضى الجديد وكذا من مال الخصوم او من مال القاضى فى الصحيح لانه اتخذت تدينا لا تمولا (و يبعث) القاضى الجديد (امينين) من ثقاته وهو احوط والواحد يكفى (يقبضانها) اى الخرائط (بحضرة المعزول او امينه ويسألانه) اى المعزول (شيئا فشيئا) للكشف لا للالزام على الغير (و يجعلان كل نوع فى خريطة على حدة) فما كان فيها من نسخ السجلات يجمعان فى خريطة وما كان من نصب الاوصياء يجمعان فى خريطة وما كان من نسخ الاوقاف يجمعان فى خريطة وما كان من الصكوك يجمعان فى خريطة ليكون اسهل للتناول (وينظر) القاضى الجديد (فى حال المحبوسين) لانه نصب ناظرا للمسلمين والمراد المحبوس فى سجن القاضى فيبعث القاضى ثقة يحصيهم فى السجن و يكتب اسماءهم واخبارهم وسبب حبسهم ومن حبسهم (فمن اقر بحق او قامت عليه به) اى بالحق (بينة الزمه) لان كلا منهما حجة ملزمة وليس المراد بالزامه الحكم عليه وانما المراد الزمه الحبس اى ادام حبسه وتمامه فى البحر فليطالع (ولا يعمل بقول المعزول) فلو قال حبسته بحق عليه لايقبل قوله وكذا لو قال كنت حكمت عليه لفلان بكذا وعلله فى الدرر بانه صار كواحد من الرعايا وشهادة الواحد ليست بحجة خصوصا اذا كانت بفعل

نفسه والاينادى عليه) اياما فان حضر احد وادعى وهو على انكاره ابتدأ الحكم بينهما والاتأتى فى ذلك اياما على حسب ما يرى القاضى (ثم يخلى سبيله) اى ان لم يحضر احد بعد النداء (لكن بعد ما استظهر فى امره) وفى الاختيار وان لم يحضر لايخليه حتى يستظهر فى امره فيأخذ منه كفيلا بنفسه على الصحيح اتفاقا فان قال لا كفيل لى فينادى شهرا فان لم يحضر احد اطلقه (ويعمل) اى يعمل القاضى الجديد (فى الودايع وغلات الوقف) التى وضعها المعزول فى ايدى الامناء (بالبينة او باقرار ذى اليد) لان اقرار غيره غير مقبول قيد بغلات الوقف لانه لايعمل باقرار ذى اليد فى اصل الوقف اذا جحده الوارث ولا بينة ولو قال المعزول ان هذا وقف فلان بن فلان سلمته الى هذا واقر ذو اليد وكذبه الوارث لم يقبل قول القاضى وذو اليد ان لم يقم عليه البينة كما فى البحر (لا بقول المعزول الا اذا اقر ذو اليد بالتسليم منه) اى من المعزول اذ باقراره ثبت ان اليد كان للمعزول سابقا فصح اقرار المعزول كانه فى يده حالا لان من كان بيده حقيقة يقبل اقراره فكذا اذا كان فى يد مودعه لان يده كيد المودع الا اذا بدأ صاحب اليد بالاقرار لغيره ثم اقر بتسليم القاضى اليه والقاضى يقر به لغيره فيسلم الى المقر له الاول ويضمن المقر قيمته للقاضى بالاقرار وجعل صاحب العناية وغيره هذه المسئلة على خمسة اوجه فليراجع (ويجلس) القاضى (للحكم جلوسا ظاهرا فى مسجد) بهيئة يعلم الناس انه جلس لفصل الخصومات لا لعبادة اخرى لان النبى عليه السلام جلس فيه للحكم وقال انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم فسوى بينهما فكان القضاء عبادة فلا منع لحضور المشرك فيه لان نجاسته فى اعتقاده لا فى ظاهره والحائض تمنع عن الدخول لكن تقطع خصومتها فى باب المسجد (والجامع اولى) من المسجد لانه غير خفى على الغرباء وغيرهم هذا اذا كان الجامع وسط البلد والافيختار الوسط منهما وقال الشافعى يكره الجلوس للقضاء فى المسجد لانه يحضره المشرك وهو نجس (ولو جلس فى داره واذن) للناس (فى الدخول) فيها اذنا عاما ولا يمنع احدا لان لكل احد حقا فى مجلسه (فلا بأس به) لان الحكم عبادة فلا يختص بمكان لكن الاولى ان تكون الدار فى وسط البلد و يجلس معه من كان معه فى المجلس ولا يجلس وحده لانه يورث التهمة وتبعدعنه الاعوان لانه اهيب ولا يحكم وهو ماش او قائم او مشغول بشئ آخر ويجوز ان يحكم وهو متكئ ولكن القضاء مستوى الجلوس افضل تعظيما لامر القضاء ويستحب ان يقعد معه اهل العلم ان لم يكن عالما باحوال القضاء لكن لايشاوره عند الخصوم بل يخرجهم او يبعدهم ثم يشاوره وينبغى للقاضى ان يعتذر للمقضى

عليه و يبين له وجه قضائه ليكون ذلك ادفع لشكايته للناس ونسبته الى انه جار عليه ومن يسمع يخل فربما تفسد العامة عرضه وهو برئ وينبغى للقاضى انه اذا اختصم اليه اخوان او بنو الاعمام ان لايعجل بالقضاء عليهم فيدافعهم قليلا كى يصطلحوا لان القضاء ولو بحق ربما يكون سببا للعداوة وفى البزازية قضى القاضى بحق ثم امره ان يستأنف القضية ثانيا بمحضر من العلماء لايفرض ذلك على القاضى (ولايقبل) القاضى (هدية) ولو قليلة لان قبولها يؤدى الى مراعات المهدى فان كان المهدى يتأذى بالرد يقبلها و يعطيه مثل قيمتها كما فى الخلاصة (الا) ان له ان لا يردها (من قريبه) وهو ذو الرحم المحرم لان فى ردها عليهم قطيعة رحم وهى حرام (او من جرت عادته بمهاداته) قبل القضاء من الاجنبى لعدم التهمة (ان لم يكن لهما) اى للقريب اومن جرت عادته بمهاداته (خصومة ولم يزد على العادة) حتى لو كان لهما خصومة او زادت على العادة يردها كلها فى الاول وما زاد عليها فى الثانى وقيده فخر الاسلام بان لايكون مال المهدى قد زاد فبقدر مازاد ماله لابأس بقبوله وفى البحر وللقاضى ان يقبلها من السلطان ومن حاكم بلدة واقتصر فى التاتارخانية على من ولاه وفى الخانية ويجوز للامام والمفتى قبول الهدية واجابة الدعوة الخاصة (و يحضر الدعوة العامة) لعدم كونها للقضاء الا اذا كان صاحب العامة احد الخصمين (لاالخاصة) لانها جعلت لاجله ولم يفصل فى الخاصة بين ان يكون من القريب او من غيره اوما اذا جرت له عادة بها اولم تجر وفى الكافى وان كان بين القاضى و بين المضيف قرابة يجيبه بلا خلاف كذا ذكره الخصاف وذكر الطحاوى ان على قولهما لايجيب الدعوة الخاصة للقريب وعلى قول محمد يجيب (وهى) اى الدعوة الخاصة (ما لايتخذ ان لم يحضر) القاضى فان علم المضيف ان القاضى اذا لم يحضر هما لايتركها فعامة وقيل ان جاوز العشرة فعامة والافخاصة وقيل دعوة العرس والختان عامة وما سواهما خاصة (ويشهد الجنازة و يعود المريض) لان هذا من حق المسلم على المسلم ففى الحديث للمسلم على المسلم ست حقوق اذا دعاه يجيبه واذا مرض يعوده واذا مات يحضره واذ القيه يسلم عليه واذا استنصحه ينصحه واذ اعطس يشمته وهو لايسقط بالقضاء لكن لا يمكث فى ذلك المحل هذا اذا لم يكن المريض احد الخصمين وان كان احدهما ينبغى ان لايعود له (ويتخذ مترجما وكاتبا عدلا) له معرفة بالفقه و يجلس ناحية عن القاضى حيث يراه حتى لايخدع بالرشوة (و يسوى) القاضى (بين الخصمين جلوسا) اى من حيث الجلوس بين يديه غير متربعين ولامقعين ولامحتبين و يكون بين القاضى و بينهما

قدر ذراعين من غير ان يرفعا اصواتهما وتقف اعوان القاضي بين يديه ويمنعون الناس عن التقدم اطلق فى التسوية بينهما فشمل السلطان والشريف والوضيع والاب والابن والصغير والكبير والذمي والعبد والحر وانما قلنا بين يديه لانه لو اجلسهما فى جانب واحد كان احدهما اقرب الى القاضي فتفوت التسوية وكذا لو اجلس احدهما عن يمينه والآخر عن يساره لان جانب اليمين افضل وفى البحر نقلا عن الفتاوى الكبرى خاصم السلطان مع رجل فجلس السلطان مع القاضي فى مجلسه ينبغي للقاضي ان يقوم من مقامه ويجلس خصم السلطان فيه ويقعد هو على الارض ثم يقضي بينهما وحكي ان ابا يوسف وقت موته قال اللهم انك تعلم انى لاأميل الى احد الخصمين حتى القلب الا فى خصومة النصرانى مع الرشيد ولم اسو بينهما وقضيت على الرشيد ثم بكى (واقبالا ونظرا) لقوله عليه السلام اذا ابتلى احدكم بالقضاء فليسو بينهم فى الجلوس والنظر والاشارة ولا يرفع صوته على احد الخصمين دون الآخر ولان فى عدم التسوية كسر القلب الآخر (ولا يسار احدهما ولا يشير اليه) اى لا يكلم القاضي احد الخصمين سرا ولا يشير اليه بيده ولا برأسه ولا بعينه ولا بحاجبيه (ولا يضيفه) اى احد الخصمين (دون الآخر) وفيه اشارة الى انه لو اضافهما معا فلا بأس به (ولا يضحك اليه)اى الى احدهما (ولا يمزح معه) اى مع احدهما ولا يتلطف به (ولا يلقنه حجته) لان هذه الاشياء كلها تهمة وعليه الاحتراز عنها ولان فيه كسرا لقلب الآخر (ويكره تلقينه) اى تلقين القاضي (الشاهد بقوله اتشهد بكذا) لان الشاهد يستفيد من قول القاضي زيادة علم فتوجدا عانته وهى تهمة (واستحسنه) اى التلقين (ابو يوسف فى غير موضع التهمة) لانه قد يقول اعلم مكان اشهد لمهابة المجلس وهو نوع رخصة عنده رجع اليه بعد ما تولى القضاء والعزيمة فيما قالا لانه لايخ عن نوع تهمة وفى الفتح وظاهر الجواب ترجيح ما عن ابى يوسف وفى القنية الفتوى على قول ابى يوسف فيما يتعلق بالقضاء لزيادة تجربته واما افتاء القاضي فى الصحيح انه لابأس به فى مجلس القضاء وغيره لكن لايفتي احد الخصمين قيد بالشاهد لبيان انه لايلقن المدعى بالاولى وفى الخانية فان امر القاضي رجلين ليعلماه الدعوى والخصومة فلا بأس به خصوصا على قول ابى يوسف (ولا يبيع) القاضي (ولا يشترى فى مجلسه) اى فى مجلس القضاء واطلقه فى البحر فقال ولا فى غيره هو الصحيح لان الناس يتساهلون لاجل القضاء هذا اذا كان يكفي المؤنة من بيت المال او يعامل من جانبه والا لايكره ولو باع مال المديون او الميت لايكره (ولا يمازح) لاذهابه هيبة القضاء (فان عرض له) اى للقاضي (هم او نعاس او غضب

اوجوع اوعطش اوحاجة) حيوانية (كف عن القضاء) قال عليه السلام لايقضي القاضي وهو غضبان وفي رواية وهو شبعان ولانه يحتاج الى التفكر وهذه الاغراض تمنع صحة التفكر فلا يؤمن عن الوقوع في الخطاء ويكره له صوم التطوع يوم القضاء لانه لايخ عن الجوع ولايتعب نفسه بطول الجلوس ويقعد طرفي النهار واذا طمع في ارضاء الخصوم ردهما مرة اومرتين وان لم يطمع انفذ القضاء بينهما فان تأخيره بعد ما ثبت ظلم وفي التبيين وغيره القضاء واجب على القاضي بعد ظهور عدالة الشهود حتى لو امتنع يأثم ويستحق العزل ويعزر ويكفر ان لم يعتقد افتراض القضاء بعد توفر شرائطه (واذا تقدم اليه الخصمان فان شاء قال لهما) اى للخصمين (مالكما وان شاء سكت) والسكوت احسن كيلا يكون تهييجا للخصومة وقد قعد لقطعها (واذا تكلم احدهما اسكت الآخر) لانهما اذا تكلما جملة لايتمكن من الفهم

فصل

في الحبس لما كان الحبس من احكام القضاء وتعلق به احكام افرده في فصل على حدة وهو مشروع بالكتاب والسنة واجماع الامة (فاذا ثبت الحق للمدعي وطلب) المدعي (حبس خصمه فان ثبت بالاقرار لايحبسه) اى لم يعجل بحبسه اذا لم يعرف كونه مما طلا في اول الوهلة فلعله طمع في الامهال فلم يستصحب المال (الا اذا امره بالاداء فابى) فحينئذ يحبسه لظهور المماطلة (وان ثبت) اى الحق الذي ادعاه ولو دانقا (بالبينة حبسه قبل الامر بالدفع) ان طلب الخصم حبسه لظهور المطل بالانكار وقال شريح يحبسه من غير طلبه (وقيل لا) يحبس قبل الامر بالدفع لانه اذا ثبت بالبينة ربما تعلل به ويقول ماعلمت الا الساعة بخلاف الاقرار لكن الاول مختار صاحب الهداية وهو المذهب وصفة الحبس ان يكون لموضع ليس به فراش ولا طاق ولايمكن احد ان يدخل عليه للاستيناس الا اقاربه وجيرانه ولايمكنون عنده طويلا ولايخرج لجمعة وعيد ولالجماعة ولالحج فرض ولالحضور جنازة ولو بكفيل كما في التبيين لكن في الخلاصة يخرج بالكفيل لجنازة الاصول والفروع وفي غيرهم لايخرج وعليه الفتوى ولايخرج لموت قريبه الا اذا لم يوجد من يغسله ويكفنه فيخرج حينئذ لقرابة الولاد وفي رواية يخرج وان وجد من يجهزه ولايضرب المحبوس لاجل الدين الا اذا امتنع من الانفاق على قريبه فيضرب ولايغل الا اذا خيف انه يفر فيقيده ولايجرد ولايقام بين يدي صاحب الحق اهانة وتعيين مكان الحبس للقاضي الا اذا طلب المدعي مكانا آخر (فان ادعى الفقر حبسه في كل مالزمه

بدل مال) ولا يلتفت الى قوله (كالثمن) اطلقه فتمل الاجرة الواجبة لانها ثمن المنافع وشمل ما على المشترى وما على البايع بعد فسخ البيع بينهما باقالة او خيار وشمل رأس مال السلم بعد الاقالة وما اذا قبض المشترى المبيع اولا كما فى البحر (والقرض) لثبوت غنائه بحصول المال فى الصورتين (او) لزمه (بالتزامه كالمهر المعجل) قيد بالمعجل لانه لايحبس فى المؤجل و يصدق فى الاعسار وعليه الفتوى وفى الاصل لايصدق فى الصداق بلافصل بين مؤجله ومعجله كما فى البزازية (والكفالة) اذالاقدام على الالتزام دليل اليسار فى الصورتين و يتمكن المكفول له من حبس الكفيل والاصيل وكفيل الكفيل وان كثر وفى الخانية رجح الاقتصار على الاول فقال وقال بعضهم ان كان الدين واجبا بدلا عما هو مال كالقرض وثمن المبيع فالقول قول مدعى اليسار مروى ذلك عن الامام وعليه الفتوى وهو خلاف ما اختاره المص تبعا للهداية وذكر فى انفع الوسائل انه المذهب المفتى به فقد اختلف الافتاء فيما التزمه بعقده ولم يكن بدل مال والعمل على ما فى المتون لانه اذا تعارض ما فى المتون والفتاوى فالمعتمد ما فى المتون وكذا يقدم ما فى الشروح على ما فى الفتاوى وقيل القول للمديون فى الكل وقيل للداين فى الكل وقيل يحكم بالرأى الا فى الفقهاء والعلوية كما فى البحر (لا فيما عدا ذلك) اى لايحبس المديون فيما سوى تلك المذكورات كبدل الغصب وضمان المتلفات وارش الجنايات والسرقة والنفقة واعتاق الاماء المشتركات و بدل الكتابات ان ادعى المديون الفقر لان الاصل فى الادمى العسرة والمدعى يدعى امرا عارضا وهو الغناء فلم يقبل منه (الا اذا برهن خصمه ان له مالا ويحبسه) اى القاضى المديون حينئذ (مدة يغلب على ظنه انه لوكان له) اى للمديون (مال لاظهره وهو الصحيح) وذلك يختلف باختلاف الشخص والزمان والمكان والمال فلا معنى لتقديره وما جاء من التقدير بشهرين او ثلاثة اواربعة او خمسة او ستة اوشهر اتفاقى وليس بتقدير حتما (وقيل) يحبسه (شهرين اوثلاثة) والصحيح الاول لما بيناه ولو قال المديون حلفه انه مايعلم انى معسر يحبسه القاضى الى ذلك ويحلفه انه ما يعلم عساره فان حلف حبسه بطلبه وان نكل لايحبسه والمراد من الغناء قدرته الآن على قضاء الدين فلو كان للمحبوس مال فى بلد آخر يطلقه بكفيل وان علم القاضى عسرته لكن له مال على آخر يتقاضى غريمه فان حبس غريمه الموسر لا يحبسه كما فى البزازية وفى البحر وظاهر كلامهم ان القاضى لا يحبس المديون اذا علم ان له مالا غائبا او محبوسا موسرا وانه يطلقه اذا علم باحدهما ثم يسأل القاضى عن المحبوس بعد حبسه بقدر ما يراه من جيرانه فان قامت على اعساره اطلقه ولايحتاج

الى لفظ الشهادة وشرطه فى الصغرى والعدل الواحد يكفى والاثنان احوط وكيفيته ان يقول المخبران حاله حال المعسرين فى نفقته وكسوته وقداختبرنا حاله فى السر والعلانية ولا يشترط لسماعها حضور رب الدين فان كان غائبا سمعها واطلقه بكفيل كما فى البزازية (وان لم يظهر له) اى للمحبوس (مال) بعد سؤاله عنه (خلى سبيله) اى خلى القاضى المحبوس لان عسرته ثبتت عنده فاستحق النظرة الى الميسرة للآية فحبسه بعده يكون ظلما (الا ان يبرهن الخصم على يساره) بشهادة عدلين انه موسر قادر على قضاء الدين ولايشترط تعيين المال (فيؤبد حبسه) لظهور انه يصر على ظلمه من منع حق اخيه فيجازى بتأبيد حبسه (ولا تسمع البينة على اعساره قبل حبسه وعليه عامة المشايخ) هو الصحيح لان البينة للاثبات لا للنفى الا اذا اقام المدعى عليه بعد زمان على العسرة فتقبل لان العسار بعد اليسار امر عارض ايضا فيخليه القاضى بلا كفيل الا فى مال اليتيم ومال الوقف ومال الغائب فلا يطلقه الا بكفيل كما فى المنح وفى البزازية اطلق القاضى المحبوس لافلاسه ثم ادعى آخر مالا وادعى انه موسر لا يحبسه حتى يعلم غناه (ويحبس الرجل لنفقة زوجته) لانه ظالم بالامتناع عن الانفاق فلايحبس فى النفقة الماضية لانها تسقط بمضى الزمان ولئن لم تسقط بان حكم الحاكم بها او اصطلح الزوجان عليها فلانها ليست بدل عن مال ولا لذمته بعقد (لا والد فى دين ولده) اى لا يحبس اصل فى دين فرعه لانه لا يستحق العقوبة بسبب ولده سواء كان موسرا او معسرا لكن ينبغى ان يقيده بشئ وهو انه اذا كان موسرا وامتنع من قضاء دين ولده وقلنا لا يحبس فالقاضى يقضى دينه من ماله ان كان من جنسه والا باعه للقضاء كبيعه مال المحبوس الممتنع عن قضاء دينه والصحيح عندهما بيع عقاره كمنقوله ولو قال المديون ابيع عرضى واقضى دينى اجله القاضى ثلاثة ايام ولو له عقار حبسه وبيعه ويقضى الدين ولو بثمن قليل قيد بدين الولد لان الولد يحبس بدين اصله ويحبس القريب بدين قريبه كما فى البحر (الا ان ابى الوالد من الانفاق عليه) اى على الولد فانه حينئذ يحبس لان النفقة لحاجة الوقت وهو بالمنع قصد اهلاكه فيحبس لدفع الهلاك عنه وكذا المولى لايحبس بدين عبده المأذون ان لم يكن على العبد دين ولا يحبس العبد لدين المولى والمولى يحبس بدين مكاتبه اذا لم يكن من جنس بدل الكتابة وان كان من جنسه لا يحبس ولا يحبس المكاتب بدين الكتابة ويحبس بدين آخر عليه (ولومرض) المحبوس (فى الحبس لايخرج) من الحبس (ان كان له من يخدمه فيه) اى فى الحبس لانه شرع ليضجر قلبه فيتسارع الى قضاء

الـدين و بالمرض يزداد ضجره (والا) وان لم يكن له من يخدمه فيه (اخرج) من الحبس بكفيل لئلا يهلك كما لو مرض مرضا اضناه وهو مروى عن محمد وعليه الفتوى وعن ابى يوسف لايخرجه والهلاك فى السجن وغيره سواء (ولايمكن المحترف من اشتغاله بالحرفة فيه) اى فى الحبس (هو الصحيح) وقيل لايمنع لان نفقته ونفقة عياله عسى يكون من ذلك وفى القهستانى ولايواجره فى ظاهر الرواية وعن ابى يوسف لوكان له عمل آجره وادى دينه بماسوى قوته وقوت عياله (ويمكن من وطئ جاريته ان كان فيه) اى فى السجن (خلوة) قال الزيلعى وغيره ان احتاج الى الجماع لايمنع من دخول امرأته اوجاريته عليه ان كان فى السجن موضع سترة لان اقتضاء شهوة الفرج كاقتضاء شهوة البطن وقيل يمنع لان الوطئ من فضول الحوايج انتهى فعلى هذا المناسب للمص ان لايقتصر على الجارية لانه لايمنع من وصول امرأته كذلك تدبر (واذا تمت المدة) للحبس على الاختلاف (ولم يظهر له مال خلى سبيله) هذا تكرار لكن ذكره توطئة لقوله (ولايحول بينه و بين غرمائه) بعد خروجه من الحبس عند الامام (بل يلازمونه) لانهم منتظرون الى زمان قدرته على الايفاء وذلك ممكن فى كل ساعة فيلازمونه كيلا يخفيه ولانه قد يكتسب فوق حاجته الدارة فيأخذونه منه فضل كسبه (ولايمنعونه من التصرف والسفر) تفسير للملازمة يعنى انهم يدورون معه اينما دار ولايمنعونه من التصرف والسفر كما فى العناية (ويأخذون فضل كسبه) بلا اختياره اواخذه القاضى (و يقسم بينهم بالحصص) لاستواء حقوقهم فى القوة لكن المديون لو آثر احد الغرماء على غيره بقضاء الدين باختياره فله ذلك (والملازمة ان يدوروا معه حيث دار فان دخل داره) لايدخلون معه (وجلسوا على الباب) الى ان يخرج لان الانسان لابد ان يكون له موضع خلوة (ولوكان الدين لرجل على امرأة) والمسئلة بحالها (لايلازمها) لما فيه من الخلوة بالاجنبية (بل يبعث امرأة) امينة (تلازمها وقالا اذا افلسه الحاكم) اى اذا حكم بافلاسه (يحول بينه و بين غرمائه) اى يأمرهم ان يتركوا ملازمته (الا ان يبرهنوا ان له مالا) لان القضاء بالافلاس عندهما يصح فتثبت العسرة وعند الامام لايتحقق القضاء بالافلاس وفى قوله الا ان يبرهنوا الخ اشارة الى ان بينة اليسار تترجح على بينة العسار لانها اكثر اثباتا

فصل فى كتاب القاضى

وانما اخره عن الحبس لانه لما كان لايتحقق فى الوجود الا بقاضيين كان مركبا

بالنسبة الى ماقبله والبسيط قبل المركب وترك قوله الى القاضى كما فى أكثر الكتب لان هذا الفصل غير مختص به بل يبن فيه السجل والمحضر والصك والوثيقة (اذا شهدوا عند القاضى على خصم حاضر حكم) اى القاضى (بها) اى بشهادتهم لوجود الحجة وشرط الحكم وهو حضور الخصم والمراد بالخصم الحاضر من كان وكيلا من جهة المدعى عليه او مسخرا وهو من رضيه القاضى وكيلا عن الغائب ليسمع الدعوى عليه والالواراد بالخصم المدعى عليه لم تبق حاجة الى الكتاب الى القاضى الآخر لان الخصم حاضر عند القاضى وقد حكم عليه كما فى البحر وغيره لكن لايخفى مافيه من التكلف والاحسن ان يقال ان هذا توطئة لقوله وان شهدوا على غائب لايحكم وليس بمقصود بالذات كما فى الدرر (وكتب) القاضى (بالحكم) لئلا ينسى الواقعة على طول الزمان وليكون الكتاب مذكرا لها والافلا يحتاج الى كتابة الحكم لانه قد تم بحضور الخصم بنفسه اومن يقوم مقامه (وهو) اى كتاب الحكم (السجل) الحكمى لانه سجله اى احكمه بالحكم وفى المصباح السجل كتاب القاضى وسجل القاضى بالتشديد قضى وحكم واثبت حكمه فى السجل وفى البحر فالسجل الحجة التى فيها حكم القاضى ولكن هذا فى عرفهم وفى عرفنا السجل كتاب كبير يضبط فيه وقايع الناس ومايحكم القاضى ومايكتب عليه (وان شهدوا على) الخصم (الغائب) كان فى محلة اخرى اوقرية او بلدة ويشترط فى ظاهر الرواية مسيرة السفر وعن ابى يوسف يجوز فيما لايرجع فى يومه وفى السراجية وعليه الفتوى (لا يحكم) لعدم جواز القضاء على الغائب عندنا ولو حكم به حاكم يرى ذلك ثم نقل اليه نفذه بخلاف الكتاب الحكمى حيث لاينفذ خلاف مذهبه لان الاول محكوم به فلزمه والثانى ابتداء حكم فلا يجوزله كما فى التبيين وهو يدل على ان الحاكم على الغائب اذا كان حنفيا فان حكمه لاينفذ لقوله يرى ذلك وهو مقيد لان معنى قولهم ان القضاء على الغائب ينفذ فى اظهر الروايتين اذا كان القاضى شافعيا كما سيأتى (بل يكتب القاضى بها) اى بالشهادة الى قاض يكون الخصم فى ولايته (ليحكم) القاضى (المكتوب اليه) على وجه الخصم كيلا يكون قضاء على الغائب (وهو كتاب القاضى الى القاضى) وجه التسمية به ظاهر (والكتاب الحكمى) منسوب الى الحكم باعتبار مايؤل اليه و(هو نقل الشهادة فى الحقيقة) لان القاضى الكاتب لم يحكم بها وانما نقلها للمكتوب اليه ليحكم بها ولهذا يحكم المكتوب اليه برأيه وان كان مخالفا لرأى الكاتب بخلاف السجل فانه ليس له ان يخالفه و ينقض حكمه اذا كان فى فصل مجتهد فيه اومتفق عليه كما فى البحر وفى المبسوط وغيره والقياس يأبى جواز العمل بكتاب القاضى الى القاضى لان

القاضي الكاتب لو حضر بنفسه مجلس المكتوب اليه وعبر بلسانه عما في الكتاب لم يعمل به القاضي فكيف بالكتاب وفيه شبهة التزوير اذ الخط يشبه الخط والخاتم يشبه الخاتم الا انه جوز استحسانا لحاجة الناس اليه لما روى ان عليا رضي الله عنه جوزه لذلك وعليه اجمع الفقهاء (ويقبل في كل مالا يسقط بالشبهة) احتراز عن الحد والقود لان فيه شبهة البدلية عن الشهادة فيصير كالشهادة على الشهادة لان مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما قيل فيه شبهة التبديل والتزوير وهما يسقطان بالشبهات (كالدين) فانه يعرف بالقدر والوصف ولا يحتاج فيه الى الاشارة (والعقار) فانه ايضا يعرف بالتحديد (والنكاح) سواء ادعى الزوج او الزوجة وكذا الطلاق ان ادعت على الزوج (والنسب) من قبل الحي او الميت لانه يعرف بذكر الاب والجد والقبيلة (والغصب) اذ فيه يلزم القيمة وهي دين (والامانة والمضاربة المجحودتين لانهما كالمغصوب بين حكما قيدهما بالمجحودتين لان غير المجحودتين لا يحتاجان الى كتاب القاضي وكذا الشفعة والوكالة والوصية والوفاة والوراثة والقتل الذي يوجب المال لان البعض منها يعرف بالقدر والوصف والبعض الآخر يعرف باحدهما ولا يقبل الكتاب في العين المنقول كالثوب والعبد والامة ونحوها في ظاهر الرواية للحاجة الى الاشارة عند الدعوى والشهادة وروى عن ابي يوسف للقاضي ان يقبل في العبد لان الاباق يغلب فيه لا في الامة وعنه ايضا انه يقبل في الامة كالعبد (و) روى (عن محمد قبوله في كل ما ينقل وعليه المتأخرون) وفي البزازية والمتقدمون لم يأخذوا بقول الامام الثاني وعمل الفقهاء اليوم على التجويز في الكل للحاجة (وبه يفتى) كما قال الامام الاسبيجابي وهو مذهب الائمة الثلاثة (ولا بد ان يكون الى معلوم بان يقول من فلان الى فلان ويذكر نسبهما) بان يقول من فلان بن فلان الى فلان بن فلان وفي العناية ويشترط فيه المعلوم الخمسة وهو ان يكون من معلوم الى معلوم في معلوم اى المدعى المعلوم على معلوم اى المدعى عليه (فان شاء قال بعده) اى بعد ان يقول الى فلان بن فلان (والى كل من يصل اليه) الكتاب (من قضاة المسلمين) حتى لا يبطل المكتوب اليه على ما سيجيء ان شاء الله تعالى (ويقرأه) اى القاضي الكاتب الكتاب (على من يشهدهم عليه) ليعرفوا ما فيه لانهم يشهدون عند المكتوب اليه (او يعلمهم بما فيه) اى في الكتاب ان لم يقرأ اذ لا شهادة بدون العلم (وتكون اسماؤهم) اى اسماء شهود الطريق وكذا انسابهم (داخلة) في كتابه وفي التبيين وغيره ويكتب فيه اسم المدعي والمدعى عليه على وجه يقع به التمييز وذلك بذكر جدهما

و بذكر الحق فيه و بذكر شهود الاصل واسمائهم وانسابهم لاجل التميز ان شاء وان شاء اكتفى بذكر شهادتهم هذا اذا كان غير مشهور واما اذا كان مشهورا يكتفي باسمه المشهور و يكتب العنوان في داخل الكتاب حتى لو كان على الظ لايقبل قيل هذا في عرفهم اما في عرفنا العنوان ان يكون على الظ فيعمل به وفي الدرر و يكتب تاريخ الكتاب ولو لم يكتب فيه التاريخ لايقبله (و يختمه) اى الكاتب (بحضرتهم) اى بحضرة الشهود (و يحفظون) اى الشهود (مافيه) اى في الكتاب لانهم يشهدون به (ويسلمه) اى الكتاب (اليهم) اى الى الشهود دفعا لتهمة التغيير وهذا عند الطرفين (وابو يوسف لم يشترط شيئا من ذلك) المذكور (سوى اشهادهم انه كتابه لما ابتلى بالقضاء) وهو قول ابي يوسف آخرا قيل اذا كان الكتاب في يد المدعي يفتى بان الختم شرط وان كان في يد الشهود يفتى بانه ليس بشرط (واختار) الامام (السرخسي قوله) اى قول ابي يوسف آخرا (وليس الخبر كالعيان) يعني ان ابا يوسف قبل ان ابتلى بقضاء وعاين مافيه قال فيه مثل ماقالا ولما ابتلى بالقضاء وعاين مافيه قال جميع ذلك ليس بشرط تسهيلا على الناس وان كان الاحتياط فيما قالا (واذا وصل) الكتاب الى القاضي (المكتوب اليه نظر الى ختمه ولايقبله الا بحضرة الخصم) اى لاياخذ الكتاب الاوقت حضور الخصم لانه لالزامه كما في الاختيار لكن في الذخيرة وغيره ان حضوره شرط قبول البينة على الكتاب لاشرط قبول الكتاب (و) الا (بشهادة رجلين اورجل وامرأتين) لان الكتاب قديزور فلايثبت الابحجة تامة وايضا كتاب القاضي ملزم اذيجب على المكتوب اليه ان ينظر فيه ويعمل به ولاالزام الابينة (انه كتاب فلان بن فلان القاضي) والجملة مفعول قوله بشهادة وفيه اشعار بانه يسلم الكتاب الى المدعي كماذهب اليه ابو يوسف (قرأه علينا) واخبرنا به وختمه (وسلمه الينا في مجلس حكمه) كله خبر بعد خبر وفيه اشارة الى مذهب الطرفين (وعند ابي يوسف) يكفي شهادة (انه كتاب فلان) القاضي (وخاتمه) ولايشترط ان يقولوا قرأه علينا وسلمه الينا في مجلس حكمه (وعنه) اى عن ابي يوسف (ان الختم ليس بشرط) فيكفيهم ان يشهدوا انه كتاب فلان القاضي لكن لابد من اسلام شهوده بالاتفاق ولو كان لذمي على ذمي لانهم يشهدون على فعل المسلم وانما يحتاج اليهم اذا انكر الخصم كونه كتاب القاضي اما اذا اقر فلاحاجة الى الشهود (فاذا شهدوا) سواء على ماقالاه او على ماقاله عند القاضي المكتوب اليه (فتحه) اى المكتوب اليه الكتاب بعد ثبوت عدالة الشهود كما في الهداية وهو الصحيح وفي العناية ان الاصح ماقاله محمد من تجويز الفتح

عند شهادة الشهود بالكتاب والختم من غير تعرض عدالة الشهود وفى التبيين ولو وجد فى الكتاب مايخالف شهادتهم رده وقرأه على الخصم والزمه مافيه لانه ثبت عنده ما فى الكتاب الا ان يقول الخصم لست بفلان الذى شهدوا به واقام البينة ان فى هذه القبيلة اثنين بهذا النسب كما فى القهستانى (و يبطل الكتاب بموت) القاضى (الكاتب وعزله قبل وصول الكتاب) الى الثانى او بعد وصوله قبل ان يقرأ عليهم وكذا بخروجه عن الاهلية كالجنون والفسق لان الخروج كالعزل والاخراج حكما لكونه واحدا من الرعايا فكتابه لايقبل كخطابه لانتفاء الولاية الشرعية وانما قلنا بعد وصوله قبل ان يقرأ عليهم لانه لو مات او عزل بعد ماقرأ الكتاب لايبطل فى ظاهر الرواية و يحكم به المكتوب اليه على الصحيح وقال ابو يوسف لايبطل مطلقا سواء مات الكاتب او عزل قبل الوصول او بعده بل المكتوب اليه يقضى به وهو قول الائمة الثلثة (و) يبطل (بموت المكتوب اليه) وعزله (الا اذا كتب بعد اسمه) اى اسم المكتوب اليه (والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين) فحينئذ لايبطل لان الغير صار تبعا للمعروف المعين بخلاف ما اذا كتب ابتداء كل من يصل اليه على ما عليه مشايخنا لعدم التعريف واجاز ابو يوسف حين ابتلى بالقضاء وفى الخلاصة وعليه عمل الناس (لا) يبطل (بموت الخصم بل ينفذ على وارثه) اى وارث الخصم المتوفى لانه قائم مقامه وكذا ينفذ على وصيه سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت الخصم او بعده اطلق الخصم فشمل المدعى والمدعى عليه (واذا علم القاضى بشئ من حقوق العباد فى زمن ولايته و محلها جازله ان يقضى به) من غير شاهد حتى اذا علم القاضى ان زيد اغصب شيئا من المدعى يأخذه عن زيد و يدفعه الى المدعى وهذا جواب رواية الاصول وفى شرح مختصر الوقاية لابى المكارم وهل يقضى القاضى بعلمه فى حقوق العباد اذا علم فى مصره حال قضائه وعن محمد انه رجع عن هذا وقال لايقضى بعلمه وفى حدود هى حق الله كحد الزنا والشرب لايقضى بعلمه وفى القصاص وحد القذف يقضى به واذا علم بحقوق العباد قبل قضائه اوفى غير مصره فحضر مصره ثم رفع الحادثة اليه فعند الامام لايقضى بذلك العلم وعندهما يقضى واختلف المشايخ على قوله سواء كان قاضيا على الرستاق اولم يكن ولو علم بحادثة فى مصره فعزل ثم اعيد فعنده لايقضى وعندهما يقضى



فصل

قال فى النهاية قد ذكرنا ان كتاب القاضى اذا كان سجلا اتصل به قضاؤه يجب

على القاضي المكتوب اليه امضاؤه اذا كان في محل مجتهد فيه بخلاف الكتاب الحكمي فان الرأي له في التنفيذ والرد فلذلك احتاج الى بيان تعداد محال الاجتهاد بذكر اصل يجمعها وهذا الفصل لبيان ذلك ومايلحق به (ويجوز قضاء المرأة) في جميع الحقوق لكونها من اهل الشهادة لكن اثم المولى لها للحديث لم يفلح قوم ولوا امرهم امرأة (في غير حد وقود) اذ لايجرى فيهما شهادتها وكذا قضاؤها في ظاهر الرواية فلو قضت في حد وقود فرفع الى قاض آخر فامضاه ليس لغيره ان يبطله كما في الخلاصة واما قضاء الخنثى فيصح بالاولى وينبغي ان لا يصح في الحدود والقود لشبهة الانوثة كما في البحر (ولا يستخلف قاض) على القضاء ولا ينفذ قضاء خليفته ولو مريضا وقال الطحاوي انه نافذ فلا يبطله حاكم اعتبارا بالحكم (الا ان يفوض اليه ذلك) الاستخلاف بان قيل من قبل المقلد ول من شئت وفيه اشعار بانه يستخلف بالاذن دلالة كما في القهستاني فلو جعل قاضي القضاة كان له الاستخلاف لان معناه المتصرف في القضاء تقليدا وعزلا وفي الخلاصة الخليفة اذا اذن للقاضي في الاستخلاف فاستخلف رجلا واذن له في الاستخلاف جاز له الاستخلاف ثم وثم فلو استخلف المأمور بالاستخلاف رجلا فقضى للقاضي الذي استنابه اوولد مستنيبه جاز قضاؤه ويقضي النائب بما شهدوا به عند الاصل وعكسه كما في التنوير لكن في البزازية لايقضي القاضي بالحرمة الغليظة بكلام النائب اما النائب يقضي بكلام القاضي اذا اخبره (بخلاف المأمور بالجمعة) فانه يستخلف لكونها على شرف الفوات لتوقته فكان الامر به اذنا في الاستخلاف دلالة ولا كذلك القضاء (واذا استخلف المفوض اليه) الاستخلاف (فنائبه لاينعزل بعزله) اي بعزل المفوض اليه اياه لانه صار نائبا عن الاصيل الا اذا فوض اليه ذلك بان قيل له من قبل السلطان استبدل من شئت فحينئذ يجوز له العزل (ولا) ينعزل (بموته) اي بموت المفوض اليه (بل هو نائب الاصيل) حقيقة وفيه اشارة الى ان نائب القاضي انعزل بموته كما في هداية الناطفي ولم ينعزل عند كثير من المشايخ والى ان قاضي امير الناحية انعزل بموته بخلاف موت الخليفة حيث لاينعزل القاضي كما لاينعزل امراؤه وفي الفوا كه البدرية ونائب القاضي في زماننا ينعزل بعزله وبموته فانه نائبه من كل وجه وفي المحيط اذا عزل السلطان انعزل نائبه بخلاف ما لومات القاضي حيث لاينعزل نائبه هكذا قيل ولاينعزل القاضي اذا عزل السلطان مالم يصل الخبر اليه كالوكيل ولاينعزل بعزل نائب القاضي والقاضي اذا قال عزلت نفسي او اخرجت نفسي وسمع السلطان ينعزل والا لا وقيل لاينعزل اصلا لانه نائب عن العامة فلايملك عزله (وغير المفوض) اليه الاستخلاف

(ان قضى نائبه بحضرته او) قضى (بغيبته فاجازه) الاصيل عند استماعه (جاز قضاؤه) اذا كان المستخلف اهلا للقضاء لان المقصود حصول رأى الاول وقد وجد (كما فى الوكالة) اى كالوكيل بالبيع والشراء اذا وكل غيره فباشر وكيله بحضرته اوبغيبته فاجاز عمله جاز (واذا رفع الى القاضى حكم قاض آخر فى امر اختلف فيه فى الصدر الاول) قيل هو زمان الصحابة والتابعين وقيل المراد مايعم من الصحابة والفقهاء المجتهدين رضوان الله تعالى عليهم اجمعين فى الاصح (امضاه) القاضى المرفوع اليه سواء كان موافقا رأيه اومخالفا لان القضاء متى لاقى مجتهدا فيه ينفذ ولاينقض باجتهاد آخر لان اجتهاد الثانى كاجتهاد الاول وقد ترجح الاول بالقضاء به ولاينقض بمادونه (ان لم يخالف الكتاب) كالقضاء بحل متروك التسمية عمدا اذ هو مخالف لقوله تعالى ولاتاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه كما فى المنح وغيره لكن الاحسن ان يمثل القضاء بتقديم الوارث على المديون فان الاول نافذ عند الطرفين كما فى القهستانى (اوالسنة المشهورة) كالقضاء بحل المطلقة الثلاثة بنكاح الثانى بلاوطئ اذ هو مخالف للحديث المشهور وهو حديث العسيلة (اوالاجماع) كالقضاء بحل متعة النساء لاتفاقهم على فساده ويشترط ان يكون القاضى عالما باختلاف الفقهاء حتى لوقضى بفصل مجتهد فيه وهو لايعلم بذلك واتفق وقوع قضائه فى موضع الاجتهاد لايجب على الثانى تنفيذه وقال شمس الائمة هذا هو ظاهر المذهب لكن فى الخلاصة ان هذا الشرط يعنى كونه عالما بالاختلاف وان كان ظاهر المذهب لكن يفتى بخلافه انتهى فينبغى ان يعمل بما فى الخلاصة فى زماننا لان قضاة زماننا غالبا لامعرفة لهم بمذاهبهم فضلا عن علمهم بمذاهب بقية المجتهدين وفى البحر تفصيل فليراجع (وما اجتمع عليه الجمهور لايعتبر فيه خلاف البعض) كالحكم بجواز بيع درهم بدرهمين لان هذا حكى عن ابن عباس رضى الله عنهما لكن الصحابة رضى الله عنهم انكروا ورد واعليه قيل فى اصول الفقه يعتبر باختلاف الاقل فى مقابلة اتفاق الاكثر لان واحدا من الصحابة ربما خالف الجمع الكثير ولم يقولوا نحن اكثر منكم يقال لامخالفة بين القولين لان المذكور فى الكتب خلاف وفى الاصول اختلاف فافترقا وذلك ان واحدا منهم اذا خالفهم ان جوزواله يكون اختلافا وان لم يجوزوا يكون خلافا وفى المنح نقلا عن شرح الادب لوقضى فى موضع الاختلاف يجوز وفى موضع الخلاف لايجوز اراد بالاول ماكان فيه خلاف معتبر كالخلاف بين السلف واراد بموضع الخلاف مالم يكن معتبرا اولم يعتبر خلاف الشافعى وقيل الخلاف عبارة عن القول المهجور لكونه مقابلا لقول الجمهور وقيل الخلاف

قول بلادليل مقرر والاختلاف قول بدليل معتبر وقيل الخلاف من آثار البدعة والاختلاف من آثار الرحمة (والقضاء بحل اوحرمة ينفذ ظاهرا) اى فيما بيننا (وباطنا) اى فيما عند الله عند الامام (ولو) وصلية (بشهادة زور) اذا ادعى (بسبب معين) من العقود والفسوخ كالنكاح والطلاق والبيع والشراء والاقالة والرد بالعيب والنسب وفى الهبة والصدقة روايتان (وعندهما لاينفذ باطنا بشهادة الزور) وان نفذ ظاهرا وهو قول زفر والائمة الثلاثة ثم فرع بقوله (فلو اقامت بينة زور انه تزوجها وحكم به حل لها تمكينه) اى اذا ادعت المراة على الرجل انه تزوجها فاقامت على ذلك بينة زور وقضى القاضى بها حل له وطئها وحل لها تمكينها من الوطئ عند الامام لماروى ان عليا كرم الله وجهه قضى بالنكاح بين رجل وامرأة بشهادة الشاهدين فقالت ياامير المؤمنين ان لم يكن بد فزوجنى فقال على شاهداك زوجاك ولم يلتفت الى قولها من تجديد النكاح مع كون الشهود زورا بدلالة القصة بناء على ان حكم القاضى بمنزلة انشاء عقد صحيح ولان القاضى مكلف بحسب الوسع فيجب التعديل عليه اذ الوقوف على حقيقة الصدق متعذر بخلاف الحكم بشهادة الكفار والعبيد والحكم على نكاح المنكوحة والمعتدة اذ الوقوف على هذه الاشياء ممكن ولايلزم الايجاب والقبول فى انشاء القاضى بالحكم وكذا لايلزم حضور الاثنين فى خصوص النكاح كما قيل لان ماثبت فى ضمن صحة القضاء ثبت اقتضاء لاصريحا فلا تراعى شرائطه (خلافا لهما) لان شهادة الزور حجة فى الظاهر فيكون القضاء بقدر الحجة ولايكون حجة فى الباطن فلايحل لها ذلك عندهما وقال ابو الليث الفتوى على قولهما واثم الشاهد ان اثما عظيما ولابد فى المسئلة من زيادة قيد وهو ان لايكون فى المحل مانع لانشاء العقد لان قضاءه فيما ليس له ولاية انشائه اصلا لايفيد الحل بالاجماع وفى القهستانى اذا قضى بشهود زور انه طلقها ثلاثا ثم تزوجت بزوج بعد العدة فانه يحل له الوطئ ظاهرا وباطنا عند الامام وان علم ان الزوج لم يطلقها لايحل للاول ظاهرا وباطنا واما عندهما فيحل له ولايحل للثانى اذا علم وعن ابى يوسف انه يحل للاول سرا وعن محمد يحل مالم يدخل به الثانى (وفى املاك المرسلة) اى المطلقة وهى التى لم يذكر فيها سبب معين (لاينفذ باطنا اتفاقا) لعدم احتمال الانشاء فى نفس الملك بدون السبب كما فى الصريح كمن ادعى امة انها ملكه مطلقا ولم يقل اشتريتها مثلا واقام على ذلك بينة زور وقضى القاضى بها لايحل له وطئها بالاجماع (والقضاء فى مجتهد فيه بخلاف رأيه) والباء فى قوله بخلاف متعلق بالقضاء (ناسيا اوعامدا لاينفذ عندهما) لانه قضاء بما هو خطاء عنده

(و به يفتى) كما فى المحيط والهداية (وعند الامام ينفذ لو) قضى (ناسيا وفى العمد روايتان) عنه فى رواية لا ينفذ وفى رواية ينفذ لانه ليس بخطاء بيقين ففى الخانية اظهر الروايتين عن الامام نفاذ قضائه وعليه الفتوى وفى الفتح فقد اختلف فى الفتوى والوجه فى هذا الزمان ان يفتى بقولهما لان التارك عمدا لا يفعله الا لهوى باطل لا لقصد جميل واما الناسي فلان المقلد انما ولاه ليحكم بمذهب الامام فلا يملك المخالفة فيكون معزولا بالنسبة الى ذلك الحكم كالوامر السلطان بعدم سماع الدعوى بعد خمسة عشر سنة يجب عليه عدم سماعها ولو سمعها وقضى لا ينفذ لانه لا يصير قاضيا بالنسبة الى تلك الحادثة كما فى المنح واصل الخلاف فيما اذا وقع الخلاف فى قضية فى عصر ثم اجمع العلماء على احد القولين فى عصر آخر هل يرتفع الخلاف المتقدم ام لا فعنده يرتفع وعندهما لا يرتفع فيكون الخلاف باقيا على حاله (ولا يقضى) القاضى اى لا يصح قضاؤه (على غائب) ولا يقضى له عندنا لان القضاء بالبينة وهى لم تعمل الا اذا سلمت عن الطعن والطاعن غائب خلافا للشافعي وفى البزازية قضى للغائب اوعليه لا يصح الا ان يكون عند خصم حاضر قال صاحب البحر ولذا فسرنا بعدم الصحة والاولى ان يفسر بعدم النفاذ لقولهم اذا نفذه قاض آخر يراه فانه ينفذ واختلف التصحيح فى نفاذه فقيل لا ينفذ وقيل ينفذ ورجح الاول فى الفتح وانه لا بد من امضاء قاض آخر لان الاختلاف فى نفس القضاء قال ظهير الدين فى نفاذ القضاء على الغائب روايتان ونحن نفتى بعدم النفاذ كيلا يتطرقوا الى ابطال مذهب اصحابنا والقائل بان الفتوى على النفاذ خواهرزاده لكن اشتبه على كثير ان قولهم الفتوى على النفاذ اعم من كون القاضى شافعيا يراه اوحنفيا لا يراه والظاهر انه انما هو فى حق من يراه لاجماع الحنفية على انه لا يقضى على غائب كما ذكره الصدر ولو كان اعم لزم هدم مذهبنا (الا بحضرة نائبه) استثناء من قوله لا يقضى على غائب اى لا يصح قضاؤه على الغائب وله الا ان يحضر من يقوم مقامه (حقيقة كوكيله) وابيه ووصى الميت ومتولى الوقف وفيه اشارة بان القاضى انما يحكم على الغائب وعلى الميت ويكتب فى السجل انه حكم على الغائب بحضرة وكيله وعلى الميت بحضرة وصيه (اوشرعا) عطف على قوله حقيقة اى باقامة الشرع عنه (كوصى نصبه القاضى) كما اذا كان المدعى عليه ميتا وله صغير قد نصب له وصيا (او حكما) لمن يقوم مقامه من حيث الحكم (بان كان مايدعى على الغائب سببا) لازما (لما يدعى على الحاضر) من نحو الملك كما اذا ادعى دارا على حاضر انه اشتراها من الغائب فانه ان صدقه الحاضر لا يسلمها القاضى الى المدعى فانه قضاء على

الغائب وهذا حيلة لدفع دعوى الخارج وان انكره الحاضرفاقام بينة عليه قضى القاضى بها عليه وهذا قضاء على الغائب ايضا ولذالوحضر وانكر لا يحتاج الى اعادة البينة فالحاضر ينتصب خصما عنه حينئذ وكذا لوادعى على الحاضر شفعة دار بشرائه من الغائب اوادعى عليه الكفالة بان له على فلان الغائب كذا وهذا كفيل عنه بامره يقضى القاضى على الحاضر والغائب ولولم يقل بامره لايقضى على الغائب وكذالوادعى حد القذف على قاذفه فقال القاذف اناعبد وقال المقذوف اعتقك مولاك وبرهن عليه قضى عليهما اوادعى المشهودعليه ان الشاهد عبد لفلان فبرهن المدعى ان المالك الغائب اعتقه تقبل ويقضى عليهما وهى حيله اثبات العتق على الغائب ولوقال القاذف ان ام المقذوف امة فلان وقدقذفه بابن الزانية فاقام المقذوف بينة على ان امه بنت فلان القريشية فقضى القاضى بالحد فهو قضاء بالنسب ايضا كما فى اكثر الشروح لكن لايخفى ان كون امه بنت فلان القريشية لاينافى كونها امة لجواز ان امها امة فتكون امة تبعة للام تدبر وفى البحر والمنح نظائر كثيرة فليراجع اليهما (فان كان) مايدعى على الغائب والاولى وان كان بالواو (شرطا) لما يدعيه على الحاضر (لايصح) ولا يكون الحكم على الحاضر حكما على الغائب هذا قول عامة المشايخ وبعض المتأخرين على ان الشرط كالسبب لجامع التوقف واطلق ذكر الشرط كما فى الهداية لكن فى الكافى ان الاصح هو ان الشرط ان تضمن ضرر الغائب لا يعطى له حكم السبب قال قاضيخان وهو الصحيح كما اذا قال لامرأته ان طلق فلان زوجته فانت طالق فاقامت بينة ان فلانا طلق زوجته لاتقبل بينتها فى الاصح وان لم يتضمنه فهو كالسبب كما لوعلق طلاق امرأته بدخول فلان الدار فاقامت البينة على الدخول تقبل بينتها وفى المنح واما حيلة اثبات طلاق الغائب المذكورة فى الفصول وغيره فكلها على الضعف من ان الشرط كالسبب فنها حيلة الكفالة بمهرها معلقة بطلاقه ومنها دعواها كفالة بنفقة العدة معلقة بالطلاق ومع هذا لوحكم بالحرمة نفذ لاختلاف المشايخ (ويقرض القاضى مال اليتيم) وكذا مال الوقف والغائب لقدرته على استخراجه متى شاء مع حصول منفعة الحفظ لكونه مضمونا على المستقرض (ويكتب ذكر الحق) اى يكتب الصك لذكر الحق مخالفة النسيان لكثرة اشتغاله قال المولى سعدى فيه اشارة الى ان انتصاب ذكر الحق على لكونه مفعولا له ليكتب وعندى ان قوله ذكر الحق علم للصك (ولا يجوز ذلك) اى الاقراض (للوصى) بالاتفاق لعدم قدرته على الاستحصال حتى لو اقرض يضمن (ولا للاب فى الاصح) وفى المنح وفى الاب

روايتان اظهرهمـا كالوصي وهو الصحيح كما في الخانية وفي الخلاصة والخزانة الصحيح ان الاب كالقاضي فقد اختلف التصحيح والمعتمد ما في المتون ويستثنى من عدم جواز اقراض الاب والوصي على المعتمد اقراضه للضرورة كخوف ونهب فيجوز اتفاقا وفي التنوير ولو قضى القاضي بالجور فالغرم على القاضي في ماله ان قضى بذلك متعمدا واقر به ولو قضى خطأ فعلى المقضي له

فصـــل

في التحكيم هـذا من فروع القضـاء وتأخيره ان المحكم ادنى مرتبة من القـاضي لاقتصار حكمه على من رضي بحكمه وعموم ولاية القاضي وهو مشروع بالكتاب والسـنة والاجماع (ولو حكم) من باب التفعيل (الخصمان من يصلح قاضيا) بكونه اهلا للشـهادة فلو حكما عبدا او صبيا او ذميا او محدودا في قذف لم يصح وتشـترط الاهليه وقت التحكيم ووقت الحكم فلو حكما عبدا فعتق او صبيا فبلغ او ذميا فاسلم ثم حكم لا ينفذ حكمه ولو حكم الذميان ذميا جاز لانه من اهل الشهادة في حقهم ويشـترط ان يكون المحكم معلوما فلو حكما اول من يدخل المسجد لم يجز اجماعا للجهالة (ليحكم بينهما صح) الحكم لانهما التزما ورضيا به لولايتهما على انفسهما (ونفذ حكمه) اي حكم المحكم (عليهمـا ببينة اواقرار او نكـول) ليكون موافقا لحكم الشرع بخلاف حكمه بعلمه فانه لا ينفذ (و) نفذ (اخباره) اي اخبار المحكم (باقرار احد الخصمين) بان قال لاحدهما قد اقررت عندي لهذا بكذا وقضيت عليك (و) نفذ اخباره (بعدالة الشاهد) بان قال لاحدهما قامت عليك بينة فعدلت عندي فحكمت لذلك (حال ولايته) اي بقاء تحكيمهما لان الاخبار بالاقرار والعدالة مفيد لوقوعـه قبل قوله حكمت مثلا فيصير الاخبـار قبـل الانعزال بالحكم وتقوم مقام شهادة رجلين قياسـا على سـائر القضاة بخلاف اخباره بحكمه لانقضاء ولايته كالقاضي المعزول (ولكل منهما) اي من الخصمين (ان يرجع قبل حكمه) لانه مقلد من جهتهما فكان لكل منهمـا عزله وهو من الامور الجائزة فينفرد احدهما بنقضه كما ينفرد احد العاقدين في مضاربة وشركة ووكالة اذا لم يكن الوكالة بالتماس الطالب (لا بعده) اي لا يصح الرجوع بعد حكمه لانه صدر عن ولاية عليهما كالقاضي اذا قضى ثم عزل لا يبطل قضـاؤه (واذا رفع حكمه) اي حكم المحكم (الى قاض امضاه ان وافق مذهبه) لعـدم الفـائدة في نقضه ثم فائدة هذا الامضاء ان لا يكون لقـاض آخر يرى خـلافه نقضه اذا رفع اليه لان امضاءه بمنزلة قضائه (والا) اي وان لم يوافق مذهبـه (نقضـه) اي لم يمضه لانه حكم لم يصـدر عن ولاية عامة فلم يلزم القاضي اذا خالف

رأيه (ولايصح التحكيم فى حد) اذفيه حق الله (وقود) لانهما لايملكان اباحة دمهما فلايجوز حكم المحكم فيهما لتوقف حكمه على صحة تحكيمهما وقيل ان حكمه بمنزلة الصلح فيما يجوز فيه الاستيفاء بالصلح واستيفاء الحدو القود غير مشروع بالصلح فلا يجوز التحكيم فيهما (ويصح التحكيم فى سائر المجتهدات وغيرها الذى هو الثابت بالكتاب والسنة والاجماع بالطريق الاولى (قالوا) اى مشايخنا (ولايفتى به) اى بالتحكيم (دفعا لتجاسر العوام) وفى البحر واعلم ان معنى قولهم لايفتى به لايكتب على الفتوى ولايجاب باللسان بالحل وانما يسكت المفتى كما افاده فى الفتاوى الصغرى بقوله نكتم هذا الفصل ولانفتى به وظاهر الهداية ان معناه ان المفتى يجيب بقوله لايحل فليتأمل فيه انتهى (ولو حكماه فى دم خطاء فحكم بالدية على العاقلة لاينفذ) لان حكم المحكم لاينفذ فى حق غير المحكمين ولاينفذ اذا فى حق العاقلة لانهم مارضوا بحكمه كما لو حكماه فى عيب مبيع فقضى برده ليس للبايع ان يرده على بايعه الا ان يرضى البايع الاول والثانى والمشترى بتحكيمه قيد بكونها على العاقلة لانه ينفذ فيه على القاتل من ماله اذا اقر بالقتل خطأ وان لم يقر به لاينفذ الحكم عليه بها لكونه مخالفا للنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم للاولياء قوموا افدوه ولايصح حكم المحكم (ولاالمولى) اى القاضى من جهة السلطان (لابويه) وان علا (وولده) وان سفل (وزوجته) لانهم يتهم بحكمه لهم (ويصح) حكمهما (عليهم) كالشهادة حيث لاتجوز لهم وتجوز عليهم (ويصح لمن ولاه وعليه) لان من جاز شهادته له وعليه جاز قضاؤه له وعليه

(مسائل شتى)

جمع شتيت اى متفرقة من كتاب القضاء وهو هنا مرفوع على الوصفية للمسائل والمسائل خبر لمتبدأ محذوف فاذا قلت جاءنى القوم شتى نصبت على الحال اى متفرقين (ليس لذى سفل عليه) اى على السفل (علو لغيره ان يتد) اى لايدق وتدا (فى سفله او ينقب كوة) بضم الكاف وتشديد الواو وهى الطاقة وفى الديوان بالفتح الروزنة وفى البحر بالفتح نقب البيت ويجمع على كوى بالكسر وقديضم الكاف فى المفرد والجمع ويستعار لمفاتيح الماء الى المزارع والجد اول وفى الصحاح ان الجميع يمد ويقصر (بلارضا ذى العلو ولالذى العلو ان يبنى عليه) اويضع جذ عالم يكن قبل اويحدث كنيفا بلارضاء ذى سفل عند الامام لكونه من اسباب الضرر فيمنعه القاضى (وعندهما

لكل منهما) اى من صاحب السفل والعلو (فعل مالاضر رفيه بلا رضاء الآخر) اذهوتصرف فى ملكه (وقيل قولهما تفسير لقوله) اى لقول الامام لانه انمايمنع مافيه ضرر ظاهر اذمالاضرر فيه فلاخلاف بينهم وقيل لابل بينهما خلاف وهو فى محل وقوع الشك فالاشك فى عدم ضرره كوضع مسمار صغير يجوز اتفاقا ومافيه ضرر ظاهرا كفتح الباب ينبغى ان يمنع اتفاقا ومايشك فى التضرر به كدق الوتد فى الجدار او السقف فعند هما لايمنع لان الاصل هو الاباحة لانه تصرف فى ملكه وهو يقتضى الاطلاق والاصل عنده الحظر لانه تعلق به حق محترم للغير والاطلاق يعارضه الرضى فاذا اشكل لايزول المنع على انه لايعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين البناء او نقضه فيمنع عنه ولذا لايملك صاحب السفل ان يهدم كالجدار والسقف فكذا نقضه وقول الامام قياس وهل يمنع صاحب العلو من التصرف فى العلو اختلف المشايخ على قول الامام قال صدر الشهيد المختار انه اذا اشكل انه يضر ام لالايملك واذا علم انه لايضر يملك وفى البحر لوانهدم السفل بغير صنع صاحبه لايجبر على البناء لعدم التعدى ولصاحب العلوان يبنى ان شاء ويبنى عليه علوه ثم يرجع ويمنعه من الانتفاع والسكنى حتى يدفع اليه لكونه مضطرا (وليس لاهل زايغة) اى سكة (مستطيلة) صفة لرايغة اى طويلة (تنشعب) اى تتفرع (منها) اى من الرايغة المستطيلة (مستطيلة غير نافذة) الى موضع آخر ولاله طريق غير طريق الرايغة المستطيلة (فتح باب) فى حائط دارهم (فى) السكة المنشعبة) لان فتحه للمرور وليس لهم حق المرور بل هو مختص باهل السكة المنشعبة لانها ملك لها باجزائها فمن اراد من اهل السكة الاولى فتح باب فقداراد ان ان يتخذ طريقا فى ملك الغير ويحدث لنفسه حق الشفعة فيها فيمنع من قبل القاضى الا ان يكون صغير الريح او الضوء فلا يمنع (وفى النافذة) المنشعبة (والمستديرة التى لزق طرفاها) يعنى سكة فيها اعوجاج حتى بلغ عوجها رأس السكة والسكة غير نافذة (لهم) اى لاهل السكة الاولى (ذلك) اى فتح باب فى المنشعبة اما النافذة فلان المرور حق العامة وهم من جلتهم واما المستديرة التى تصل طرفاها بها فلانها سكة واحدة من اولها الى آخرها فكان الصحن مشتركا بين جميع اهل السكة حتى لو بيعت دار فى المستديرة تكون الشفعة لجميع اهل السكة قيل هذا اذا كانت مثل نصف دائرة او اقل اما اذا كانت اكثر من ذلك لايفتح اهل الاولى بابا فيها لكونها سكة على حدة (ومن ادعى هبة فى وقت) يعنى ادعى رجل شيئا فى يد رجل انه وهبه له وسلمه اليه فى وقت كذا (فسئل بينة) اى فسئله القاضى بينة لانكار المدعى عليه (فقال)

المدعى (جحدنى) المدعى عليه (الهبة فاشتريته منه اولم يقل) المدعى (ذلك) اى جحدنى الهبة (فبرهن على الشراء بعد وقت الهبة يقبل) برهانه فى الفصلين لان المدعى فى الحقيقة هو الشراء بعد الهبة (ولو) برهن على الشراء (قبله) اى قبل وقت الهبة (لايقبل) برهانه كالوادعى اولا انها اى الدار مثلا وقف عليه ثم ادعاها لنفسه اوادعاها لغيره ثم ادعاها لنفسه فانه لاتقبل بخلاف مالوادعى الملك اولا ثم ادعى الوقف له اولغيره فانه يقبل والفرق ان التوفيق فى الوجه الاول ممكن فلايتحقق التناقض لجواز ان يقول وهب لى منذ شهر ثم جحدنى الهبة فاشتريته منه منذ اسبوع وفى الوجه الثانى لايمكن التوفيق فيتحقق التناقض لان دعوى الهبة اقرار بان الموهوب ملك الواهب قبل الهبة فلاتقبل دعوى الشراء قبل وقت الهبة وفى التبيين ولولم يذكر لهما تاريخا اوذكر لاحدهما ينبغى ان تقبل بينته لانه يمكن التوفيق بان يجعل الشراء متأخرا وفى البحران قوله جحدنى الهبة اشارة الى انه لابد من توفيقه (ولوادعى ان زيدا اشترى جاريته فانكر زيد وترك هو) اى المدعى (خصومته حل له) اى للمدعى (وطؤها) اى وطؤ الجارية وكان الظاهر ان لايجوز لاقراره بملك الغير وجه الجواز ان المشترى لماجحد الشراء كان جحوده للبيع فسخا من جهته اذا الفسخ رفع العقد من الاصل والجحود انكار العقد من الاصل وبهذه المشابهة جعل الجحود مجازا عن الفسخ لمافى التنوير جحود ماعدا النكاح فسخ فلوجحد انه تزوجها ثم ادعاه وبرهن يقبل برهانه بخلاف المبيع (ومن اقر بقبض عشرة دراهم من رجل (وادعى انها) اى العشرة (زيوف اونبهرجة صدق) مع يمينه لان الدراهم تقع عليهما اطلقه فشمل ماذا بين ذلك موصولا اومفصولا (لا) يصدق (انها ستوقة) لان اسم الدراهم لاتقع عليها وقال صاحب المنح ولوادعى انهاستوقة لايصدق ان كان البيان منه مفصولا وصدق ان كان البيان منه موصولا (ولا) يصدق (ان اقر بقبض الجياد اوحقه اوالثمن اوبالاستيفاء) لان الاستيفاء عبارة عن قبض الحق بوصف التمام ثم فى قوله قبضت دراهم جيادا لايصدق فى دعواه الزيوف مطلقا سواء كان موصولا اومفصولا وفيما اذا اقرانه قبض الثمن اوحقه اواستوفى ثم ادعى انها كانت زيوفا ينظر فان كان مفصولا لايصدق وان كان موصولا صدق لامكان التأويل فالحاصل انه ان كان موصولا صحيح فى الكل والتفصيل فى المفصول والفرق ان فى المسائل الثلاث اقر بقبض القدر والجودة بلفظ واحد فاذا استثنى كان استثناء البعض من الكل فصح موصولا كقوله له على الف الا مائة امااذا قر بقبض عشرة جياد فقد اقر بكل منهما بلفظ على حدة فاذا قال

الا انها زيوف فقد استثنى الكل من الكل فى حق الجودة كقوله على مائة درهم
ودينار الا دينارا كان باطلا وان كان موصولا كما فى البحر نقلا عن النهاية فعلى
هذا يلزم للمصنف التفصيل تدبر (والزيف ما رده بيت المال) للقصور فى الجودة
الا انه مقبول بين التجار (والنبهرجة ما يرده التجار ايضا) اى كما يرده
بيت المال للرداءة ومقبولة عند بعض الناس (والستوقة ما غلب غشه)
اى ظاهرها فضة ووسطها نحاس اورصاص وهو معرب ستويه قيد بدعوى
المقر لانه لو اقر بقبض دراهم معينة ثم مات فادعى وارثه انها زيوف لم يقبل
وكذا اذا اقر بالوديعة او المضاربة او الغصب ثم زعم انها زيوف لم يصدق
الوارث وفى التنوير اقر بدين ثم ادعى ان بعضه قرض وبعضه ربوا وبرهن
عليه قبل برهانه (ومن قال لمن اقر له بالف ليس الى عليك شئ) او قال
بل هو لك او لفلان (ثم قال) له (فى مجلسه) ذلك (نعم لى عليك الف
لا يقبل منه بلا حجة) لان الاقرار قد ارتد برد المقر له والثانى دعوى فلابد
من الحجة او تصديق الخصم (بخلاف ما لو كذب من قال له اشتريت منى هذا
ثم صدقه) فانه يصح لان احد العاقدين لا ينفرد بالفسخ فلا ينفرد بالعقد والمعنى
انه حقهما فبقى العقد فعمل التصديق اما المقر له ينفرد برد الاقرار فافترقا
كما فى الهداية لكن اورد يعقوب باشا فى حاشيته سؤالا وجوابا فى هذا المحل
فليطالع (ومن قال لمن ادعى عليه مالا ما كان لك على شئ قط فبرهن)
المدعى (عليه به فبرهن هو) اى المدعى عليه (على القضاء او الابراء قبل
برهانه) وقال زفر لا يقبل لان القضاء يكون بعد الوجوب وكذا الابراء
وقد انكره فيكون مناقضا ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ
منه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شئ فيثبت ظاهرا ثم يقضى كما يقبل
برهانه لو ادعى القصاص على آخر فانكر المدعى عليه فبرهن المدعى على
ما ادعاه من القصاص ثم برهن المدعى عليه على العفو او الصلح عن القصاص
على مال وكذا فى دعوى الرق بان ادعى عبودية شخص فانكر فاقام المدعى
بينة على دعواه ثم ادعى المدعى عليه اعتاقه واقام بينة تقبل (وان زاد على
انكاره لا اعرفك) او لا رأيتك او لا جرى بينى وبينك معاملة او مخالطة او ما اجتمعت
معك فى مكان (فلا) يقبل برهانه على القضاء او الابراء لتعذر التوفيق بين
كلاميه لانه لا يكون بين اثنين معاملة من غير معرفة وقال القدورى يقبل لامكان
التوفيق لان المحتجب والمخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه
بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فامكن التوفيق وفرع عليه فى النهاية
بان المدعى عليه لو كان ممن يتولى الاعمال بنفسه لا يقبل لكن فى الاصلاح كلام

يمكن جوابه تتبع (ولوادعى على آخر بيع امته منه واراد ردها) اى رد الامة (بعيب فانكر) الآخر البيع (فبرهن المدعى على البيع منه و) برهن (المنكر على البراءة من كل عيب لايسمع برهان المنكر) لان اشتراط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره فيقتضي وجود العقد وقد انكره وهو ظاهر الرواية وعن ابى يوسف انها تقبل لامكان التوفيق بان باعها وكيله وابرأه عن العيب وفى البحر تفصيل فليطالع وفى التنوير اقر ببيع عبده من فلان ثم جحده صح (وذكر ان شاء الله فى آخر صك) اى من كتب صك الشرى مثلا وذكر فى آخره مادرك فلانا من درك فعلى خلاصه ان شاء الله قال وذكر ان شاء الله ولم يقل وكتب لان الكتب المجرد ليس كالذكر فى الحكم او كتب ذكر اقرار على نفسه وذكر فى آخره من قام بهذا الذكر فهو ولى مافيه ان شاء الله (يبطل كله) اى كل الصك عند الامام قياسا لان الكل كشئ واحد فالاستثناء ينصرف الى جميعه بحكم العطف فى اثنائه امالو ترك فرجة فقالوا لايلتحق به و يصير كفاصل السكوت (وعندهما يبطل آخره) اى مايليه (فقط وهو استحسان) لان الاستثناء ينصرف الى مايليه اذ الصك للاستيثاق ولو صرف الى الكل يكون للابطال وفى البحر والحاصل ان الشرط اذا تعقب جملا متعاطفة متصلا بها فانه للكل واما الاستثناء بالا فالى الاخير

فصل

فى القضاء بالمواريث ذكرهنا مسئلتين تتعلقان باستصحاب الحال وهو الحكم بثبوت امر فى وقت بناء على ثبوته فى وقت آخر (مات نصرانى فقالت زوجته اسلمت بعد موته) ولى استحقاق الميراث (وقال وارثه بل) اسلمت (قبله) اى قبل موته ولا ميراث لك (فالقول له) اى للوارث لاقولها بغير بينة وعند زفر القول قولها لان الاسلام حادث فيضاف الى اقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان ثابت فى الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما فى جريان ماء الطاحونة والظاهر بلاحجة يصلح للدفع لاللاستحقاق (وكذا لومات مسلم فقالت زوجته النصرانية (اسلمت قبل موته) ولى استحقاق الميراث (وقال الوارث بل اسلمت (بعده) وليس لك الميراث يعنى يكون القول للوارث ايضا ولايحكم الحال لان الظاهر لايصلح حجة للاستحقاق وهنا محتاجة اليه اما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث ايضا كما فى الهداية والتعبير بالاستصحاب احسن من التعبير بالظاهر فان ماثبت به الاستحقاق كثيرا مايكون ظاهرا كاخبار الآحاد كثيرا ما يوجب استحقاقا كما فى الفتح (وان قال المودع) بفتح الدال

(هذا ابن مودعى) بكسر الدال (لميت لاوارث له) اى للمودع (غيره) اى غير هذا الابن قيده به لانه لو قال له وارث غيره ولا ادرى امات ام لا لا يدفع اليه شئ حتى يقيم المدعى بينة بقوله لا نعلم له وارثا غيره (دفع الوديعة اليه) اى الى الابن لان مافى يده ملك الوارث خلافة عن الميت قيد باقراره بالبنوة لانه لو قال هذا اخوه شقيقه ولا وارث له غيره وهو يدعيه فالقاضى يتأنى فى ذلك والفرق ان استحقاق الاخ بشرط عدم الابن لانه وارث على كل حال وقيد بالوارث احترازا عما اذا اقر انه وصيه او وكيله او المشترى منه فانه لا يدفعها اليه كما فى البحر (وان قال) المودع (لاخر) بعد اقراره للاول (هذا ابنه ايضا وكذبه الاول وقال ليس له ابن غيرى (قضى للاول) لا للثانى لانه لما صح اقراره الاول) لكونه خاليا عن الكذب انقطع يد المقر عن الوديعة فلا عبرة لا قراره الثانى لكونه اقرارا على الغير ولم يذكر ضمان المودع للثانى ففى الغاية انه لا يغرم للابن الثانى شيئا باقراره له وفى النهاية فان قيل ينبغى ان يضمن المودع هنا للمقر له الثانى كما قلنا فى مودع القاضى المعزول اذا بدأ بالاقرار بما فى يده لانسان ثم اقر بان القاضى المعزول سلمه فانه يضمن للقاضى قلنا هذا ايضا يضمن نصيبه اذا دفع الى المقر له الاول بغير رضى القاضى وهذا هو الصواب كما فى الفتح (ولو قسم الميراث بين الورثة او الغرماء بشهادة لم يقولوا) اى الشهود (فيها) اى فى هذه الشهادة (لا نعرف له وارثا آخر او غريما آخر لا يؤخذ منهم) اى من الورثة او الغرماء (كفيل وهو) اى اخذ الكفيل من قبل القاضى كما فعله البعض (احتياط ظلم) اى ميل عن سواء الطريق وهذا يكشف عن مذهبه اى المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض وفى الغاية اى دليل على ان المجتهد يخطئ و يصيب على ان الامام اسبق الائمة واصحابه يبرأ عن مذهب الاعتزال حيث قالوا كل مجتهد مصيب وتمامه فى البحر فليطالع (وعندهما يؤخذ) لان فى التكفيل نظرا للغائب على تقدير وجوده وللامام ان وجود آخر موهوم فلا يؤخر الثابت قطعا له اطلقه فشمل ما اذا ثبت الدين والارث بالبينة او بالاقرار والخلاف فى الاول ولا خلاف فى اخذ الكفيل فى الثانى وهى واردة على اطلاقه وشمل ما اذا قال الشهود لا نعلم له وارثا غيره وهنا لا يؤخذ الكفيل اتفاقا وقيد بعدم التكفيل لان القاضى يتلوم ولا يدفع اليه حتى يغلب على ظنه انه لا وارث له غيره ولا غريم له آخر اتفاقا (ومن ادعى) على آخر (عقارا ارثا له) اى لنفسه (ولاخيه الغائب و برهن المدعى عليه) اى على ما ادعاه (دفع اليه) اى الى المدعى (نصفه اى نصف ما ادعاه مشاعا غير مقسوم (وترك باقيه) اى ترك نصفه الباقى وهو نصيب الغائب (مع ذى اليد بلا اخذ كفيل منه) اى من ذى اليد (ولو)

كان ذو اليد (جاحدا) دعواه عند الامام هذا ظاهر في صورة الاقرار وايضا في صورة الجحود لان الحاضر ليس بخصم عن الغائب في استيفاء نصيبه وليس للقاضي التعرض بلا خصم كما اذا رأى شيئا في يد انسان يعلم انه لغيره لاينازعه بلا خصم وقد ارتفع جحوده بقضاء القاضي اذ القضية صارت معلومة فلا يجحد بعده فيصير جحوده قبل ذلك لاشتباه الامر فلا يكون خائنا به ولان يد الجاحد يد ضمان ويد الغير يد امانة فاليد الاولى للحفظ اولى (وقالا) ان لم يكن جاحدا فكذا (وان جاحدا اخذ) اى اخذ القاضي (النصف الآخر منه) اى من ذي اليد (ووضع عند امين) حتى يقدم الغائب لخيانته بجحوده فلا نظر في تركه (وفي المنقول يؤخذ منه) اى من ذي اليد (اتفاقا) اى اذا كانت الدعوى في المنقول فقيل يؤخذ منه و يوضع عند عدل الى حضور صاحبه اتفاقا في الاصح لامكان كتمان المنقول بخلاف العقار لانه محفوظ بنفسه ولذلك يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون بيع العقار (وقيل) هذا (على الخلاف) يعني عند الامام يترك نصفه الباقي مع ذي اليد ولا يستوثق نفسه بكفيل وعندهما يؤخذ منه ويوضع على يد عدل وقيل يؤخذ الكفيل بالاتفاق لجحوده واجمعوا على انه لا يؤخذ لو مقرا كما في البحر (واذا حضر الغائب دفع اليه) اى الى الغائب (نصيبه بدون اعادة البينة) لعدم الحاجة الى اعادتها والى القضاء لان احد الورثة ينتصب خصما عن الميت فيثبت الملك للميت ثم يكون لهم بطريق الميراث عنه وكذا يقوم الواحد مقامه فيما عليه دينا اوعينا فيقوم مقام سائر الورثة في ذلك كما في التبيين وفي البحر ولم يذكر فيه اختلافا وذكره في الفصولين وصحح انه لايحتاج وكذا ينتصب احدهم فيما عليه مطلقا ان كان دينا وان كان في دعوى عين فلابد من كونها في يده ليكون قضاء على الكل وان كان البعض في يده نفذ بقدره وظاهر ما في الهداية والنهاية انه لابد من كونها كلها في يده في دعوى الدين ايضا وصرح في الفتح بالفرق بين العين والدين وهو الحق وغيره سهو انتهى (ومن اوصى بثلث ماله فهو) اى الثلث (يقع على كل مال له) لانها اخت الميراث والميراث يجري في الكل وكذا هي (ولو قال مالي اوما املك صدقة فهو) يقع (على مال الزكوة) كالنقدين ومال السوائم واموال التجارات بلغ النصاب اولا وسواء كان عليه دين مستغرق اولا لان المعتبر جنس ما يجب فيه الزكوة لاقدرها ولاشرائطها هذا عندنا وهو استحسان والقياس استواؤهما وهو قول زفر لان اسم المال يتناول الكل وجه الاستحسان ان ما اوجبه العبد لنفسه معتبر بايجاب الله تعالى لعبده اذ الشرع صرف الصدقة الى المال الذي فيه الزكوة لا الى كل المال وكذا ينصرف ايجاب العبد اليه

بخلاف الوصية لانها تعتبر بالميراث فتجرى فى جميع الاموال (وتدخل فيه) اى فى النذر (ارض العشر عند ابى يوسف) لكون مصرفها مصارف الزكوة (خلافا لمحمد) فانه قال لا تدخل ارض العشر لما فيها من معنى المؤنة وكذا وجب العشر فى ارض الصبى والمكاتب والاوقاف وضم الامام اليه فى النهاية ولا تدخل الخراجية لتمحضها للمؤنة (فان لم يكن له) اى لهذا الشخص (مال غيره) اى غير ما دخل تحت الايجاب (امسك منه) اى من ذلك المال قدر (قوته) اى قوت نفسه وعياله لاحتياجه اليه (فاذا اصاب) بعد ذلك (مالا تصدق بمثل ما امسك) ليكون مؤديا ما اوجبه ولم يقدر بشئ لاختلاف احوال الناس وقيل المحترف يمسك قوته ليوم وصاحب الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت فى مدة وصولهم الى المال قيد بالمال والملك من غير تعيين شئ للاحتراز عما اذا قال الف درهم من مالى صدقة وهو لا يملك الامائة لا يلزمه الا بقدر ما يملك وان لم يكن له شئ لا يجب عليه شئ كما فى البحر (ومن اوصى اليه ولم يعلم) الوصى بالايصاء (فهو وصى) حتى لو باع شيئا من التركة بعد موت الموصى بغير علم يجوز بيعه وهو ظاهر الرواية وعن ابى يوسف انه لا يصح بلا علمه (بخلاف التوكيل) اى لا يصح بدون علم الوكيل بذلك ولذا لو باع شيئا من متاع الموكل لا يجوز بيعه والفرق ان الوصية استخلاف بعد انقطاع ولاية الموصى فلا يتوقف على العلم كتصرف الوارث واما الوكالة فانبات ولاية التصرف فى ماله وليست باستخلاف لبقاء ولاية المنوب عنه فلا يصح من تثبت له الولاية (وقبل فى الاخبار بالتوكيل خبر فرد وان كان) ذلك الفرد (فاسقا) اى لا يشترط لصحة التوكيل خبر عدل بل يثبت بخبر الواحد سواء كان عدلا او فاسقا او عبدا او صغيرا مميزا اوليس فيها الزام كسائر المعاملات لان الوكيل ان شاء يستوفى (لا) يقبل (فى العزل منه) والظاهر ان الضمير راجع الى التوكيل لكن لا معنى له بل الاولى ان يترك قوله منه واكتفى بفى العزل اى لا يقبل فى عزل الوكيل تدبر (الا خبر عدل) اى لا يقبل خبر فاسقين وفيه اشعار بانه لا يشترط لفظ الشهادة (او مستورين) وظاهر قوله انه لا يقبل خبر الفاسقين وهو ضعيف والصحيح قبوله وثبوت هذه الاحكام لان تأثير خبر الفاسقين اقوى من تأثير خبر العدل بدليل انه لو قضى بشهادة واحد عدل لم ينفذ وبشهادة فاسقين نفذ كما فى البحر وهذا عند الامام (وعندهما هو) اى العزل (كالاول) اى التوكيل فى انه يقبل فى الاخبار بالعزل خبر فرد ولو كان فاسقا كالاخبار بالتوكيل وعند الائمة الثلاثة شرط فى العزل والنصب عدلان (وكذا الخلاف) بين الامام وصاحبيه (باخبار السيد بجناية عبده) يعنى لو اخبر به فاسق

للسيد بان عبده جنى خطأ فباع اوعتق لايصير مختارا للفداء عنده وعندهما يصير (والشفيع بالبيع) يعنى الشفيع اذاسكت بعدما اخبرفاسق بالبيع لايكون تاركا للشفعة عنده وعندهما يكون (والبكر) البالغ (بالتزويج) يعنى اذااخبر فاسق البكر البالغ بالنكاح فسكتت لاتصير راضية بالنكاح عنده خلافا لهما (ومسلم لم يهاجر بالشرايع) متعلق باخبار مقدراى من اسلم فى دار الحرب فاخبر بالشرايع فاسق لايؤاخذ عنده خلافا لهما لان كل واحد منهم من جنس المعاملات فلايتوقف على احد وصفى الشهادة وله ان فيها الزاما من وجه دون وجه فيشترط احد شطرى الشهادة اما العدد او العدالة فلايثبت بخبر المرأة والعبد والصبى وان وجد العدد او العدالة هذا مقيد بان يكون المخبر غير الخصم ورسوله فلا يشترط فيه العدالة لواخبر الشفيع المشترى بنفسه وجب الطلب اجماعا والرسول يعمل بخبره وان كان فاسقا اتفاقا صدقه او كذبه كما ذكره الاسبيجابى لكن فى المنح تفصيل فليطالع (ولو باع القاضى اوامينه عبدا لرجل (للغرماء) اى لاجل ديونهم (واخذ المال) اى اخذ القاضى اوامينه الثمن (فضاع) عند القاضى اوامينه (واستحق العبد) ونزع من يد المشترى (لايضمن) القاضى ولا امينه الثمن للمشترى لان القاضى اوامينه بمنزلة الخليفة وكل واحد منهم لايلزمه الضمان كيلا يتقاعد الناس عن قبول هذه الامانة فيلزم تعطيل مصالح المسلمين وفى البحران امين القاضى هو من يقول له القاضى جعلتك امينا فى بيع هذا العبد اما اذا قال بع هذا العبد ولم يزد عليه اختلف المشايخ والصحيح انه لايلحقه عهدة (ويرجع المشترى على الغرماء) لان البيع وقع لهم فكانت العهدة عليهم عند تعذر جعلها على العاقد كما تجعل العهدة على الموكل عند تعذر جعلها على الوكيل بان كان صبيا اوعبدا محجورا عليه (ولوباعه) اى العبد (الوصى لاجلهم) اى لاجل الغرماء (بامر القاضى) له بالبيع وقبض ثمنه (ثم استحق) العبد (اومات قبل قبضه) اى قبض المشترى من الوصى (وضاع المال) اى ثمن العبد (رجع المشترى) بالثمن (على الوصى) لانه عاقد نيابة عن الميت فترجع الحقوق اليه كما اذا وكله حال حياته وكذا الوصى الذى نصبه القاضى لانه نصبه ليكون قائما مقام الميت (وهو) اى الوصى يرجع (على الغرماء) لانه عامل لهم ومن عمل عملا لغيره ولحقه بسببه ضمان يرجع به من يقع له العمل وفى البحر والتقييد بامر القاضى اتفاقى وليعلم حكمه بغير امره بالاولى ولهذا قال الامام الحصيرى وامر القاضى وعدم امره سواء وفى التنوير اخر القاضى الثلث للفقراء ولم يعطهم اياه حتى لو هلك كان الهلاك من مال الفقراء والثلثان للورثة (ولو قال لك قاض عدل

مالم قضيت على هذا بالرجم او القطع او الضرب فافعله وسعك فعله) ولا يلام عليه عندالله تعالى ولان طاعة اولى الامر واجبة وتصديقه طاعة له وقول مثل هذا القاضى حجة وقال محمد آخرا وهو مذهب مالك والشافعى لايقبل قوله حتى يعاين الحجة لان قول القاضى يحتمل الغلط والتدارك لايمكن وكثير من مشايخنا اخذ وابه وفى عيون المذاهب و به يفتى لفساد اكثر قضاة زماننا وفى البحر تفصيل فليراجع (وكذا) وسعك فعله (فى) القاضى (العدل غير العالم ان استفسر فاحسن تفسيره) اى لوقال قاض جاهل عادل يلزم ان تسئله عن سببه فان احسن تفسير قضائه على مقتضى الشرع بان قال مثلا استقصيت المقر به كما هو المعروف وحكمت عليه بالرجم يسع لك فعل ما امر به (والا) اى وان لم يحسن تفسيره (فلا) يسع لك فعل ما امر به لخطائه بسبب الجهل (ولايعمل بقول غير العدل مطلقا) سواء كان عالما اوجاهلا لتهمة الخيانة بفسقه (مالم يعاين سبب الحكم) اى يعاين سببا شرعيا للحكم فحينئذ يعمل بقوله لانتفاء التهمة (ولوقال قاض عزل لشخص اخذت منك الفا ودفعتها الى فلان قضيت بها) اى بتلك الالف (عليك اوقال قضيت بقطع يدك فى حق فقال) ذلك الشخص (بل اخذتها) اى تلك الالف (اوقطعت يدى (ظلما) متعلق باخذت وقطعت على التنازع (واعترف) ذلك الشخص (بكون ذلك) اى الاخذ اوالقطع (حال ولايته) اى ولاية القاضى (صدق القاضى ولايمين عليه) لان المدعى اقر بكون الاخذ فى حال قضائه فكانه رضى بشهادة الظاهر هو ان القاضى لايظلم فى قضائه لكونه امينا فيما فوض اليه و يقبل قوله بلايمين لانه لولزمه اليمين يصير خصما وقضاء الخصم لاينفذ فيعطل امور الناس وفى القهستانى وقبل وجوبا قول قاض عدل قضيت انا بهذا العقار لزيد مثلا لفقد التهمة وهذا ظاهر الرواية وعن محمد انه رجع الى انه لم يقبل و به اخذ اكثر المشايخ كما مر آنفا واستفيد من قوله قضيت انا بهذا العقار لزيد ان المقضى اوالمقضى عليه معلومان والا لايقبل للتهمة لان القضاة فى زماننا غير معتمد كما فى اكثر الكتب وعلى هذا لم يقبل كتاب القاضى الى القاضى فى شئ ما كما فى الكرمانى (ولوقال) ذلك الشخص للقاضى (فعلته قبل ولايتك او بعد عزلك وادعى القاضى فعله فى) زمان ولايته فالقول له) اى للقاضى (ايضا هو الصحيح) لانه متى اعترف انه كان قاضيا صحت اضافة الاخذ الى حالة القضاء لان حالة القضاء معهودة وهى منافية للضمان فصار القاضى بالاضافة الى تلك الحالة منكرا للضمان فكان القول له كما لوقال طلقت او اعتقت وانا مجنون وجنونه كان معهودا وقوله هو الصحيح

احتراز عما قال السرخسي اذا زعم المدعى ان القاضي فعل ذلك بعد العزل كان القول قول المدعى لان هذا الفعل حادث فيضاف الى اقرب اوقاته ومن ادعى تاريخا سابقا لايصدق الا بحجة لان الاصل متى وقعت المنازعة فى الاسناد يحكم الحال (والقاطع اوالآخذ ان كانت دعواه كدعوى القاضي ضمن) القاطع اوالآخذ (هنا) اى فيما قال المدعى فعلته قبل ولايتك او بعد عزلك (لا) يضمن (فى الاول) اى فيما اعترف للمدعى بكون ذلك حال ولايته اى اذا اقر القاطع او الآخذ بما اقر به القاضي لم يضمن لان قول القاضي حجة ودفعه صحيح فصار اقراره به كفعله معاينا ولو اقر واحد منهما فى الفصل الثانى بما اقر به القاضي يضمن لانه اقر بسبب الضمان وقول القاضي مقبول ودفع الضمان عن نفسه لافى ابطال سبب ضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله فى قضائه بالتصادق وفى التنوير صب شخص دهنا لانسان عند الشهود وقال الصاب كانت الدهن نجسة وانكره المالك فالقول للصاب ولو قتل شخص رجلا وقال قتلته لردته اولقتله لم يقبل قوله

كتاب الشهادات

اخرها عن القضاء لانها كالوسيلة وهو المقصود وشروطها كثيرة تأتى فى اثناء المسائل حتى قال صاحب البحر ان شرائطها احد وعشرون وشرائط التحمل ثلاثة وشرائط الاداء سبعة عشر منها عشر شرائط عامة ومنها سبع شرائط خاصة وشرائط نفس الشهادة ثلاثة وشرط مكانها واحد وسبب وجوبها طلب ذى الحق اوخوف فوت حقه فان من عنده شهادة لايعلم بها صاحب الحق وخاف فوت الحق يجب عليه ان يشهد عليه بلاطلب انتهى هذا ليس بمسلم لانه لايجب ان يشهد بدون الطلب مطلقا بل يجب عليه ان يعلم صاحب الحق بانه يشهد له فان دعاه وجب عليه والا فلايجب بل هو مقيد بان يكون ادعى عند القاضي ولم يجد شاهدا يتم به مدعاه وذلك الشاهد حاضر يجب ان يشهد فهذا فيه طلب حكمى لان المدعى ما ادعى عند الحاكم الاوهو يطلب من يشهد له بحقه كما ذكره المقدسى ومحاسنها كثيرة منها امتثال الامر فى قوله تعالى كونوا قوامين لله شهداء بالقسط وركنها استعمال لفظ الشهادة وحكمها وجوب الحكم على القاضي بما ثبت بها وفى المبسوط والقياس يأبى كون الشهادة حجة ملزمة لانها تحتمل الصدق والكذب والمحتمل لايكون حجة الا ان هذا القياس ترك بالنصوص والاجماع والشهادة فى اللغة خبر قاطع وقد شهد كعلم وكرم وقد يسكن هاؤه وشهده

كسمعه شـهودا حضره فهو شاهد وقوم شهود اى حضور وشـهد له بكذا شهادة اى ادى ماعنده فهو شـاهد والجمع شـهد وتمـامه فى البحر فليطـالع وفى التبيين هى اخبار عن مشاهدة وعيان لاعن تخمين وحسبان هذا فى اللغة فلهذا قالوا انها مشتقة من الشهادة التى تنبئ عن المعاينة وسمى الاداء شهادة اطلاقا لاسم السـبب على المسبب انتهى وهو خلاف الظاهر وانما هو معناهـا الشرعى ايضـا كما فى البحر وعن هذا قال (هى) اى الشـهادة (اخبـار) شرعى (بحق) اى بمال او غيره (للغير) اى حصل لغير المخبر من كل الوجوه كما هو المتبادر فيخرج عنه الانكار فانه اخبار به لنفسه فى يده وكذا دعوى الاصيل فانه اخبار لنفسه فى يد غيره وكذا دعوى الوكيل فانه ليس باخبار للغير من كل الوجوه كما ظن كما فى القهستانى (على الغير) فخرج الاقرار اذ هو اخبار على نفسه وتدخل فيه الشهادة بالزنا والبيع ونحوهما (عن مشـاهدة لاعن ظن) واليه الاشارة المصطفوية حيث قال اذا رأيت مثل الشمس فاشـهد والافدع وفى العناية وفى اصطلاح اهل الفقه عبارة عن اخبار صادق فى مجلس الحكم بلفظة الشـهادة فالاخبار كالجنس يشملها والاخبـار الكاذبة وقوله صـادق يخرج الكاذبة وبعده يخرج الاخبار الصـادقة غير الشـهادات انتهى ويرد عليه قول القائل فى مجلس القاضى اشهد برؤية كذا لبعض العرفيات والاولى ان يزاد لاثبات حق كما فى الفتح (ومن تعين لتحملها) اى الشهادة بان لا يوجد غيره ممن هو اهل للشـهادة (لايسـعه ان يمتنع منه) اى من التحمل اذا طلب لان فى الامتناع من التحمل من تضييع الحقوق وان لم يتعين للتحمل بان يوجد غيره فهو مخير (ويفترض اداؤهـا) اى اداء الشهادة بعد التحمل اذا طلبت الشـهادة (منه) اى من الشاهد لقوله تعالى ولا يأب الشـهداء اذا ما دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمهـا فانه آثم قلبه وهذا وان كان نهيا عن الاباء والكتمـان لكن النهى عن الشئ يكون امرا بضده اذا كان له ضد واحد لان الانتهاء لا يكون الا بالاشتغال به فكان اداء الشـهادة فرضا قطعـا كفريضة الانتهـاء عن الكتمان فصـار كالامر به بل آكـد ولهذا اسـند الاثم الى الآلة التى وقع بهـا الفعل وهو القلب لمـا عرف ان اسناد الفعل الى محـله اقوى من الاسناد الى كله فقوله ابصرته بعينى آكد من قولهم ابصرته واسناده الى اشرف الجوارح دليل على انه اعظم الجرايم بعـد الكفر ثم اداء الشـهادة انما يجب اذا كان موضع الشاهد قريبا من موضع القضاء وان كان بعيدا بحيث لايمكن ان يجئ الى القاضى ويرجـع بعده فى يومه هذا الى منزله لايأثم بتركهـا ولو كان شيخـا كبيرا لايقـدر على المشى يجوز له الركوب على مركب

المدعى والافلا وفى البحر لوشهد عند الشاهد عدلان ان المدعى قبض دينه اوان الروح طلقها ثلاثا اوان المشترى اعتق العبد اوان الولى عفى عن القاتل لايسعه ان يشهد بالدين والنكاح والبيع والقتل (الاان يقوم الحق بغيره) بان يكون فى الصك سواه ممن يقوم به الحق فح لايفترض لان الحق لايضيع بامتناعه ولانها فرض كفاية وفى الدرر ثم انه انما يأثم اذا علم ان القاضى يقبل شهادته وتعين عليه الاداء وان علم ان القاضى لايقبل شهادته اوكانوا جماعة فادى غيره ممن تقبل شهادته فقبلت لايأثم وان ادى غيره ولم تقبل شهادته يأثم من لم يؤد اذا كان ممن تقبل شهادته لان امتناعه يؤدى الى تضييع الحق قال شيخ الاسلام لو اخر الشاهد الشهادة بعد الطلب بلاعذر ظاهر ثم ادى لاتقبل لتمكن التهمة (وسترها) اى ستر الشهادة (فى الحدود افضل) من ادائها يعنى انه يخير بين ان يظهرها لما فيه من ازالة الفساد او قلته وبين ان يسترها وهو احسن لقوله عليه السلام للذى شهد عنده لوسترته بثوبك لكان خيرا لك وفى الحديث من ستر على مسلم ستر الله عليه فى الدنيا والآخرة وقد صح ان النبي عليه السلام لقن المقر بالزنا لدرء الحد عنه فشهر وكفى به قدوة وكذلك نقل عن الخلفاء الراشدين واما قوله تعالى ومن يكتمها فانه آثم قلبه فذلك فى حقوق العباد وفى البحر تفصيل فليطالع (ويقول) الشاهد (فى) شهادة (السرقة) اشهد انه (اخذ) ماله لئلا يلزم ترك الواجب (لاسرق) للتحرز عن وجوب الحد وضياع المال لان القطع والضمان لايجتمعان فاعتبر فى السرقة الستر مع الشهادة وحكى ان هارون الرشيد كان مع جماعة الفقهاء وفيهم ابو يوسف فادعى رجل على آخر اخذ ماله من بيته فاقر بالاخذ فسأل الفقهاء فافتوا بقطع يده فقال ابو يوسف لا لانه لم يقر بالسرقة وانما اقر بالاخذ فادعى المدعى انه سرق فاقر بها فافتوا بالقطع وخالفهم ابو يوسف فقالوا له لم قال لانه لما اقر اولا بالاخذ ثبت الضمان عليه وسقط القطع فلايقبل اقراره بعده بما يسقط الضمان عنه فتعجبوا منه (وشرط للزنا اربعة رجال) من الشهود لقوله تعالى واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء ولفظ اربعة نص فى العدد والذكور كما فى البحر واورد انكم لاتقولون بالمفهوم فمن اين لكم عدم جواز الاقل فاجاب الزيلعى انه بالاجماع واورد المعارضة بين هذه وبين قوله فاستشهدوا شهيدين الآية واجاب فى الفتح بانها مبيحة وتلك مانعة والتقديم للمانع وجه هذا الاشتراط انه تعالى يحب الستر على عباده واوعد بالعذاب لمن احب اشاعة الفاحشة على المؤمنين وفى اشتراط الاربع ووصف الذكورة تحقيق معنى الستر (و) شرط

(للقصاص و بقية الحدود) وكذا لاسلام كافر ذكر وردة مسلم كما فى التنوير (رجلان) لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم فلا تقبل شهادة النساء لقول الزهرى مضت السنة من رسول الله عليه السلام والخليفتين من بعده ان لاشهادة للنساء فى الحدود والقصاص ولشبهة البدلية لانها قائمة مقام شهادتهم والحال ان الحدود والقصاص تندرئ بالشبهات (و) شرطت (للولادة والبكارة وعيوب النساء مما لا يطلع عليه الرجال امرأة) حرة مسلمة لقوله عليه السلام شهادة النساء فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى باللام يراد به الجنس فيتناول الاقل وهو الواحد وهو حجة على الشافعى فى اشتراط الاربع وهو قول عطا بناء على ان كل امرأتين مقام رجل واحد وعلى مالك فى اشتراط امرأتين وهو قول الثورى لانه لما سقط اعتبار الذكورة بقى العدد معتبرا وفيه اشارة الى ان الرجل لو شهد لا تقبل شهادته وهو محمول على ما اذا قال تعمدت النظر اما اذا شهد بالولادة فاجأتها فاتفق نظرى عليها تقبل شهادته اذا كان عدلا كما فى المبسوط هذا اذا تأيد الشهادة بالاصل لانها لو قالت هى بكر يأجل القاضى فى العنين سنة لان شهادتها تأيدت بالاصل هو البكارة ولو قالت هى ثيب لاتقبل لانها تجردت عن المؤيد وكذا فى رد المبيع اذا اشتراها بشرط البكارة فان قلن انها ثيب يحلف البايع لينضم نكوله الى قولهن والعيب يثبت بقولهن فيحلف البايع كما فى الهداية فان قلت لو ثبت العيب بقولهن لايحلف البايع بل تردعليه الجارية فكيف يكون تحليف البايع نتيجة لثبوت العيب وثبوت العيب انما هو مثبت للرد لا للتحليف قلت معناه العيب يثبت بقولهن فى حق سماع الدعوى وحق التحليف حتى انهن لو لم يقلن انها ثيب ليس للمشترى ولاية التحليف (وكذا) شرط شهادة امرأة واحدة (لاستهلال المولود فى حق الصلوة) عليه بالاجماع لانها من امور الدين (لا فى) حق (الارث) عند الامام لانه مما يطلع عليه الرجال (وعندهما فى حق الارث ايضا) اى كما تقبل شهادتها له فى حق الصلوة لانه صوت عند الولادة ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة و بقولهما قال الشافعى واحمد وهو ارجح كما فى الفتح (و) شرط (لغير ذلك) المذكور من الحدود والقصاص وما لايطلع عليه الرجال (رجلان او رجل وامرأتان مالا كان) الحق (او غير مال كالنكاح والرضاع والطلاق والوكالة والوصية) والرجعة واستهلال صبى للارث والعتاق والنسب وقال الشافعى لاتقبل شهادة النساء مع الرجال فى الاموال وتوابعها كالاجل وشرط الخيار لان الاصل عدم قبول شهادتهن لنقصان العقل وقصور الولاية واختلال الضبط ولكن قبلت

فى الاموال ضرورة باعتبار كثرة وجودها وقلة خطرها فيقتصر عليها و به
قال مالك واحمد فى رواية ولنا ما روى ان عمر وعليا رضى الله تعالى عنهم
اجازا شهادة النساء مع الرجال فى النكاح والفرقة والاصل قبول شهادتهن
لوجود ما تبتنى اهلية الشهادة وهى المشاهدة والضبط والاداء وما يتعرض
لهن من قلة الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك
الا الشبهة ولهذا لاتقبل فيما يندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت بالشبهات
وانما لا تقبل شهادة الاربع من غير رجل كيلا يكثر خروجهن كما فى الهداية
وغيرها وقال صاحب العناية ولم يذكر الجواب عن قوله لنقصان العقل وقصور
الولاية والجواب عن الاول انه لانقصان فى عقلهن فيما هو مناط التكليف وبيان
ذلك ان للنفس الانسانية اربع مراتب الاولى استعداد العقل ويسمى العقل
الهيولانى وهو حاصل لجميع افراد الانسان فى مبدأ فطرتهم والثانية ان تحصل
البديهيات باستعمال الحواس فى الجزئيات فيتهيأ لاكتساب الفكريات بالفكرة
ويسمى العقل بالملكة وهو مناط التكليف والثالثة ان تحصل النظريات المفروغ
عنها متى شاء من غير افتقار الى اكتساب ويسمى العقل بالفعل والرابعة هو
ان يستحضرها و يلتفت اليها مشاهدة ويسمى العقل المستفاد وليس هو مناط
التكليف وانما هو العقل بالملكة وهو فيهن نقصان بمشاهدة حالهن فى تحصيل
البديهيات باستعمال الحواس فى الجزئيات وبالتنبيه ان شئت قلت فانه لو كان فى
ذلك نقصانا لكان تكليفهن دون تكليف الرجال فى الاركان وليس كذلك
وقوله عليه السلام هن ناقصات العقل المراد به العقل بالفعل ولذلك لم يصلحن
للولاية والخلافة والامارة وبهذا ظهر الجواب عن الثانى ايضا فتأمل انتهى (وشرط
للكل الحرية) فلاتقبل شهادة العبد (والاسلام) فلاتقبل شهادة الكافر على
المسلم واما فى الفتح من ان الذمى اهل للشهادة فى الجملة محمول فيما اذا شهد الكافر على
مثله (والعدالة) وهى كون حسنات الرجل اكثر من سيئاته وهى الانزجار
عما يعتقده حراما فى دينه وهذا يتناول الاجتناب من الكبائر وترك الاصرار على
الصغائر وعن ابى يوسف ان الفاسق ان كان وجيها ذا مروءة تقبل شهادته والاول
اصح الا ان القاضى لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا خلافا للشافعى ولنا
ان العدالة شرط وجوب العمل بالشهادة لاشرط اهلية الشهادة لان الفاسق
اهل للقضاء والشهادة الا ان يمنع الخليفة من القضاء بشهادة الفاسق فح لاينفذ
القضاء بشهادة الفاسق (و) شرط (لفظ الشهادة) اى لفظ اشهد فى جميع
ماتقدم لورود عبارة النص كذلك ولكونه من الفاظ اليمين فكان الامتناع
عن الكذب بهذا اللفظ اشد (ولاتصح) الشهادة (لو قال اعلم او اتيقن)

مكان اشهد مخالفا لما نطق به الكتاب واعلم ان كل موضع لايشترط فيه لفظ الشهاده كطهارة الماء والموت وهلال رمضان لايكون الواقع فيه من قبيل الشهادة الشرعية بل من قبيل الاخبار (ولايسئل قاض عن شاهد) كيف هو (بلا طعن الخصم) عند الامام عملا بظاهر عدالة المسلم لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الامحدودا فى قذف فان طعن الخصم يسئل القاضى فى السر و يزكى فى العلانية (الا فى حد وقود) فانه يسئل القاضى فى السر ويزكى فى العلانية فيهما طعن الخصم اولا بالاجماع لانه يحتال لاسقاطهما فيشترط الاستقصاء فيهما (وعندهما يسئل فى سائر الحقوق سرا وعلنا) وان لم يطعن الخصم لان بناء القضاء على الحجة وهى شهادة العدل قيل هذا اختلاف عصر وزمان لااختلاف حجة و برهان لان عصره مشهود بالخير لكونه قرنا ثالثا وعصرهما مسكوت عنه لكونه قرنا رابعا اذ نشأ فيه الكذب لتغير احوال الناس (وبه) اى بقول الامامين (يفتى فى زماننا) لان الفساد فى هذا العصر آكثر كما فى آكثر المعتبرات ومحل السؤال على قولهما عند جهل القاضى بحالهم ولذا قال فى البحر نقلا عن الملتقط القاضى اذا عرف الشهود بجرح اوعدالة لايسئل عنهم (و يجزئ الاكتفاء بالسر) فى زماننا تحرزا عن الفتنة والتزكية فى السر ان يبعث القاضى امينا الى المعدل العدل و يكتب اليه كتابا فيه اسم الشاهد ونسبه ومحلته ومسجده فيسئل عن جيرانه واصدقائه فاذا عرفهم بالعدالة يكتب هو عدل فاذا عرفهم بالفسق يكتب الله اعلم اولايكتب شيئا احترازا عن كشف السر واذالم يعرفهم بالعدالة او بالفسق يكتب هو مستور و يرده الى القاضى سرا كيلا يظهر فيخدع والتزكية فى العلانية ان يجمع القاضى بين المعدل والشاهد فى مجلسه لتنتفى شبهة تعديل غيره (و يكفى للتزكية) ان يقال (هو عدل فى الاصح لان من نشأ فى دار الاسلام فى زماننا كان الظاهر من حاله الحرية والاسلام ولهذا لايسئل القاضى عن حرية الشاهد واسلامه مالم ينازعه الخصم (قيل لابد من قوله عدل جائز الشهادة) لان العبد اوالمحدود فى قذف اذاتاب قديكون عدلا مع انه لاتجوز شهادة كل واحد منهما (ولايصح تعديل الخصم بقوله هو عدل لكن اخطأ) فى شهادته (اونسى) كيفية الواقعة هكذا قال الامام يعنى تعديل المدعى عليه الشهود لايصح ومراده على قول من يرى السؤال عن الشهود واما على قوله فلا يتأتى ذلك لانه لايرى السؤال عن الشهود ونظيره المزارعة فانه لايراها ومع هذا فرع عليها على قول من يرى وعنهما انه تجوز تزكيته وهو قول الائمة الثلثة لكن عند محمد لابد من ضم آخر اليه

لانه لايجوز تعديل الواحد عنده ووجه الظاهر ان فى زعم المدعى وشهوده ان المدعى عليه ظالم كاذب فى الجحود وتزكية الكاذب الفاسق لاتصح واطلق الخصم ولم يقيده لكن قيده صاحب المنح بما اذا كان لم يرجع اليه فى التعديل لانه اذا كان ممن يرجع اليه فى التعديل صح قوله كما صرح به فى البزازية فعلى هذا لوقيده كما قيد صاحب المنح لكان اولى (فان قال) الخصم (هو عدل صدق) اى عادل صادق (ثبت الحق) اى حق المدعى لانه اقرار منه بثبوت الحق بخلاف مالوقال هم عدول ولم يزد عليه حيث لايلزمه شئ لانهم مع كونهم عدولا يجوز منهم النسيان والخطاء فلايلزم من كونه عدلا ان يكون كلامه صوابا كما فى الدرر لكن فى البحر نقلا عن الصدر الشهيد انه يكون مقرا بقوله صدقوا فيما شهدوا به على و بقوله هم عدول فيما شهدوا به على (و يكفى الواحد لتزكية السر والترجمة والرسالة الى المزكى) يعنى صلح الواحد ان يكون مزكيا للشاهد ومترجما عن الشاهد ورسولا من القاضى الى المزكى عند الشيخين لان التزكية من امور الدين فلا يشترط فيها الا العدالة حتى تجوز تزكية العبد والمرأة والاعمى والمحدود فى القذف التائب لان خبرهم مقبول فى الامور الدينية (والاثنان احوط) لان فيه زيادة طمانينة (وعند محمد لابدل من الاثنين) وهو قول الائمة الثلاثة لان التزكية فى معنى الشهادة لان ولاية القاضى تبتنى على ظهور العدالة فيشترط فيه العدد كما تشترط العدالة ومحل الاختلاف ماذالم يرض الخصم بتزكية الواحد فان رضى فجاز اجماعا هذا فى تزكية السر امافى تزكية العلانية يشترط جميع مايشترط فى الشهادة من الحرية والبصر وغيرهما سوى لفظ الشهادة بالاجماع لان معنى الشهادة فيها اظهر ولذا يختص بمجلس القاضى وعن هذا قال (وتشترط الحرية فى تزكية العلانية دون السر) وكذا يشترط العدد فيها على ماقاله الخصاف و يشترط فى تزكية شهود الزنا اربعة ذكور عند محمد كما فى الهداية

فصل

لما فرغ من ذكر مراتب الشهادة شرع فى بيان انواع مايتحمله الشاهد وهو نوعان الاول ماثبت بنفسه بلا اشهاد والثانى مالايثبت بنفسه بل يحتاج الى الاشهاد فشرع فى الاول وقال (يشهد بكل ماسمعه) من المسموعات (او رآه) من المبصرات (كالبيع والاقرار وحكم الحاكم) مثال ماكان من المسموعات كما فى الفرائد لكن يمكن ان يكون مثالا لهما كما فى البحر (والغصب والقتل) مثال ماكان من المبصرات (وان) وصلية (لم يشهد) من الافعال مبنى للمفعول (عليه) اى على

ماذكر من جانب المدعى لان كل واحد منها نابت الحكم بنفسه (و يقول اشهد) انه باع واقر لانه عاين السبب فوجبت عليه الشهادة به كما عاين وهذا اذا كان البيع بالعقد فظاهر وان كان بالتعاطى فكذا لان حقيقة البيع مبادلة المال بالمال وقد وجد وقيل لايشهدون على البيع بل على الاخذ والاعطاء لانه بيع حكمى وليس ببيع حقيقى كما فى التبيين لكن فى البزازية ولو شهد وابالبيع جاز ولابد من بيان الثمن فى الشهادة على الشراء لان الشراء بثمن مجهول لايصح (لا) يقول (اشهدنى) فيما الاشهاد فيه لانه غيرواقع فيكون كذبا وفى التبيين ولو سمع من وراء الحجاب لايسعه ان يشهد لاحتمال ان يكون غيره اذالنغمة تشبه النغمة الااذا كان فى الداخل وحده وعلم الشاهد انه ليس فيها غيره ثم جلس على المسلك وليس له مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولايراه لانه يحصل به العلم و ينبغى للقاضى اذافسرله ان لا يقبله وقالوا اذاسمع صوت امرأة من وراء الحجاب لايجوز ان يشهد عليها الااذا كان يرى شخصها وقت الاقرار قال الفقيه ابو الليث اذا اقرت امرأة من وراء حجاب وشهد عنده اثنان انها فلانة بنت فلان بن فلان لايجوز لمن سمع اقرارها ان يشهد عليها الا اذارأى شخصها حال مااقرت فح يجوز ان يشهد على اقرارها برؤيه شخصها لارؤية وجهها قال ابو بكر الاسكاف المرأة اذا حسرت عن وجهها فقالت انافلانة بنت فلان بن فلان وقد وهبت لزوجى مهرى فان الشهود لايحتاجون الى شهادة عدلين انها فلانة بنت فلان بن فلان مادامت حية اذ يمكن للشاهد ان يشير اليها فان ماتت فحينئذ يحتاج الشهود الى شهادة عدلين انها فلانة بنت فلان ابن فلان كما فى الدرر ثم شرع فى النوع الثانى فقال (ولايشهد على شهادة غيره اذا سمع اداءها) اى لايشهد على شهادة شاهد من سمع الشهادة سواء سمع مجلس القاضى اوغيره لان هذه الشهادة غيرثابت الحكم بنفسه بل بالقاضى فيستلزم التحميل مع انه لم يحمله حيث لم يشهد عليه (اواشهاد الغير عليها) اى لايشهد على شهادة شاهد من سمع اشهاده على الشهادة (مالم يشهد هو) اى شاهد الاصل (عليها) اى على الشهادة توضيحه قال شاهد لتحمل اشهد منى ان فلانا اقر عندى بكذا فسمع آخر هذا القول لايجوز للسامع ان يشهد لان كلا من الشهادة والاشهاد غير ثابت الحكم بنفسه بل بالنقل الى مجلس القضاء وذا يستلزم التحميل والانابة وهو لم يوجد لانه ماحمله بالاشهاد وانما حمل غيره قيل ان سمع عند القاضى ان الشاهد يشهد بشهادة حل للسامع ان يشهد (ولايعمل شاهد ولاقاض ولاراو بخطه مالم يتذكر) اى لايحل للشاهد اذا رأى خطه ان يشهد الا ان يتذكر ولاللقاضى اذا وجد ديوانه مكتوبا

بشــهادة شهود ولايحفظ انهم شهد وابذلك اوقضــية قضـاها ان يحكم بتلك الشهادة ولا ان يمضي تلك القضية ولاللراوي اذاوجد مكتو با بخطه او بخط غــيره وهو معروف انه قرأ على فلان ونحوه ان يروى حتى يتذكر الشــهادة اوالقضية اوالرواية قيل هذا عند الامام لان الشهادة والقضاءوالرواية لايحل الاعن علم ولاعلم هنا لان الخط يشبه الخط (وعندهما يجوز) كل من الشــهادة والقضاء والرواية (ان كان الخط محفوظا فى يده)وان لم يتذكر الحادثة لوقوع الامن حينئذ من الزيادة والنقصان فيكون الخلاف حينئذ فيما اذا كان محفوظــا فى يده فعنده لايجوز سواء كان الخط محفوظا فى يده اولا وعندهما يجوز ان كان محفوظــا فى يده والا فلا و قال بعضهم الخــلاف مطلق فعنــد الامام لايجوز مطلقا وعنــدهما يجوز مطلقا لان الظاهر انه خطــه والعمل بالظاهر واجب لكن فى البحر وغيره وجوز محمد فى الكل وجوزه ابو يوسف للراوى والقاضى دون الشــاهد قال شمس الائمــة الحلوانى ينبــغى ان يفتى بقول محمد وجزم فى البزازية بانه يفتى بقول محمد وفى السراج وماقاله ابو يوسف هو المعول عليــه وفى المنح وقولهما هو الصحيح فعلى هــذا ينبغى للمص التفصيل (ولايشهد) احد (بما لم يعاينه) بالاجماع لما تلوناه آنفا(الاالنسب) بان فلانا ابن فلان اواخوه(والموت)بان فلانا قدمات(والنكاح)بان فلانا تزوج فلانة(والدخول) بان فلانا تزوج فلانة ودخل بها (وولاية القاضى) بان فلانا قد تولى القضاء من جهة فلان الامام (واصل الوقف) بان فلانا وقف هذه الضــيعة مثــلا هذا اذا لم يستند الى الملك كما قررناه فى آخر الوقف والقياس ان لاتجوز الشهادة بالتسامع فى المســائل المذكورة ايضا ووجه الاستحسان ان هذه الامور تختص لمعاينة اصحابها وهم خواص الناس وتتعلق بها الاحكام فلولم تقبل الشــهادة فيــها بالتســامع لتعطلت احكامها بخلاف البيــع ونحوه قوله اصــل الوقف احتراز عن شرائطه لما فى البزازية وفى الوقف انها تقبل بالتسامع على اصله لاعلى شرائطه وهو الصحيح وكل مايتعلق بصحة الوقف وتتوقف عليــه فهو من اصــله ومالا تتوقف عليه الصحة فهو من الشرائط وفى الفصول العمادية المختــار ان لا تقبل الشهادة بالشهرة عــلى شرائط الوقف وفى المجتبى المختار ان تقبل كما بيناه فى آخر الوقف وظاهر التقييد بما ذكر من الاشياء الســتة يدل على عدم قبولهــا به فى غــيرها من الولاء والعتق واختلف فى نقل الاختلاف فى العتــق فنــقل السرخسي عدم قبولها فيه اجماعا ونقل الحلوانى انه على الاختــلاف المنــقول فى الولاء فعن ابى يوســف الجواز فيهمــا ومن ذلك المهر وظاهر التقييد انه لاتقبل فيه به ولكن فى البزازية والظهــيرية والخزانة ان فيه

روايتين والاصح الجواز وتمامه في البحر فليطالع (اذا اخبره بها) اى فله ان يشهد بهذه الاشياء اذا اخبره (من يثق به من عدلين اوعدل وعدلتين) لانه اقل نصاب يفيد نوع العلم الذى يبتنى عليه الحكم في المعاملات قوله اذا اخبره يدل على ان لفظة الشهادة ليست بشرط في الكل واما الذى يشهد عند القاضى فلا بدله من لفظها وشرطت في العناية لفظة الشهادة على ماقالوا والاكتفاء باخبار رجلين اورجل وامرأتين قولهما اما على قول الامام فلا تجوز الشهادة مالم يسمع ذلك من العامة بحيث يقع فى قلبه صدق الخبر (وفى الموت يكفى العدل ولو) كانت (انثى هو المختار) كما في الفتح وغيره لان الناس يكرهون تلك الحالة فلا يحضره غالبا الا واحد عدل او واحدة عدلة وفى التبيين انه لا بد من خبر عدلين في الكل الا في الموت وصحح فى الظهيرية ان الموت كغيره وانما تشترط العدالة فى المخبر فى غير المتواتر اما فى المتواتر فلا يشترط العدالة ولا لفظ الشهادة كما في الخلاصة وفى البحر وغيره وفى الموت مسئلة عجيبة هى اذا لم يعاين الموت الا واحد فلو شهد عند القاضى لايقضى بشهادته وحده ماذا يصنع قالوا يخبر بذلك عدلا مثله واذا سمع منه حل له ان يشهد على موته فيشهد هو مع ذلك الشاهد فيقضى بشهادتهما (ويشهد من رأى جالسا مجلس القضاء) حال كون الجالس (يدخل عليه الخصوم انه قاض) اى يحل ان يشهد الرائى على ان ذلك الجالس قاض وان لم يعاين تقليد الامام اياه لان ذلك علامة ظاهرة له (و) يشهد (من رأى رجلا وامرأة يسكنان معا) فى بيت (و بينهما انبساط الازواج انها زوجته) اى حل له ان يشهد بذلك وان لم يعاين عقد النكاح وظاهره الاكتفاء بالرؤية لكن ذكره غيره انه لا بد من الاخبار بانها زوجته كما فى التبيين (و) يشهد (من رأى شيئا سوى الادمى فى يد متصرف) عرف بوجهه واسمه ونسبه (فيه تصرف الملاك انه) اى ذلك الشئ (له) اى للمتصرف (ان وقع فى قلبه) اى قلب الرائى (ذلك) اى كونه له وان لم يعاين اسباب الملك لان اليد اقصى مايستدل به على الملك اذهى مرجع الدلالة فى الاسباب كلها فيكتفى بها وفى البحر قوله ان وقع فى قلبه ذلك رواية عن ابى يوسف قالوا ويحتمل ان يكون هذا تفسير الاطلاق محمد فى الرواية وفى الفتح قال الصدر الشهيد وبه نأخذ فهو قولهم جميعا انتهى ومن ثمه قيده بوقوعه فى القلب فلو رأى درة فى يد كناس اوكتابا فى يد جاهل لايشهد بالملك له بمجرد يده كما فى البزازية (والادمى) اى لو رأى شيئا وهو آدمى (ان علم رقه اوكان صغيرا لايعبر عن نفسه) اى لايكون مميزا (فكذلك) يعنى يحل للرائى فى يد متصرف فيه تصرف الملاك ان يشهد بالملك لذى اليد لان الرقيق لايكون فى يد نفسه وكذلك الصغير الذى لايعبر عن

عن نفسه لايد له فثبت يدالمولى عليه حقيقة فصار كالمتاع وان كان كبيرا اوصغيرا يعبر عن نفسه ولم يعلم رقه لايحل للرائى ان يشهد بالملك لذى اليد لان لهما يدا على نفسهما تدفع يدالغير عنهما فانعدم دليل الملك وعن الامام انه يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالثياب وانه يشهد بالملك لذى اليد بشرط ان لايخبره عدلان بانه لغيره فلو اخبراه لم تجزله الشهادة بالملك له كما فى الخلاصة وفى البحر ان القاضى اذا رأى عينا فى يد رجل فانه يجوز له القضاء بالملك له كما فى البزازية وغيرها وبه ظهر ان قول الزيلعى فى التقرير ان الشاهد اذا فسر للقاضى انه عن سماع اومعاينة يد لم يقبله لان القاضى لايجوز له ان يحكم بسماع نفسه ولو تواتر عنده ولا برؤية فى يدانسان سهو انتهى وفيه كلام لان مراد الزيلعى ان القاضى لايقضى به قضاء محكما مبرما بحيث لو ادعى الخصم لايقبل منه بدليل انه صرح قبيل هذا بانه يقضى به قضاء ترك بمعنى انه يترك فى يدذى اليد مادام خصمه لاحجة له كما ذكره المقدسى تدبر (ولو فسر) الشاهد (للقاضى انه شهد بالتسامع) فى موضع يجوز فيه ان يشهد بالتسامع بان يقول انى اشهد على هذا بالاستماع (او بمعاينة اليد) بان يقول اشهد به لانى رأيته فى يده (لايقبلها) اى لايقبل القاضى شهادته الا فى الوقف والموت فتقبل لو فسر للقاضى انه اخبره من يثق به على الاصح قال يعقوب پاشا وذكر فى بعض الشروح ان الشهادة فى الوقف تقبل ان فسرها وفى النسب والنكاح ايضا وان فسرها فى الاصح وفى الموت ان كان مشهورا وان فسرها بانه سمعه وان لم يعاين انتهى لكن اذا اسند الى من يوثق به كما فى البحر وفى الزاهدى شهدا فيما يصح بالشهرة وقالا لم نعاين ولكن اشتهر عندنا تقبل (ومن شهد انه حضر دفن زيد اوصلى عليه قبلت) شهادته بالاتفاق (وهو) اى حضور دفن زيد اوصلوته عليه (عيان) للموت حكما حتى لو فسر للقاضى قبل لانه لم يشهد الا بما علم فوجب قبولها

﴿ باب من تقبل شهادته ومن لاتقبل ﴾

لما فرغ من بيان ماتسمع فيه الشهادة وما لاتسمع شرع فى بيان من تسمع منه الشهادة ومن لاتسمع وقدم ذلك على هذا لانه محال الشهادة والمحال شروط والشروط مقدمة على المشروط كما فى العناية لكن المشروط هو الشهادة لامن تسمع منه الشهادة تأمل وفى البحر يقال قبلت القول حملته على الصدق كذا فى المصباح والمراد من يجب قبول شهادته على القاضى ومن لايجب لامن يصح قبولها ومن لايصح لان من جملة ماذكره ممن لاتقبل الفاسق وهو لوقضى بشهادته صح بخلاف العبد والصبى

والزوجة والولد والاصل لكن فى خزانة المفتين اذا قضى بشهادة الاعمى او المحدود فى القذف اذا تاب او بشهادة احد الزوجين مع آخر لصاحبه او بشهادة الوالد لولده او عكسه حتى لايجوز للثانى ابطاله وان رأى ابطاله انتهى فالمراد من عدم القبول عدم حله انتهى (لاتقبل شهادة الاعمى) عند الطرفين سواء كان فيما يسمع اولا لان الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولايميز الاعمى الا بالنغمة وهى غير معتبرة لشبهها بنغمة اخرى وقال زفر وهو رواية عن الامام تقبل فيما يجرى فيه التسامع لانه فى السماع كالبصير وفى البحر واختاره فى الخلاصة وعزاه الى النصاب جازما به من غير حكاية خلاف انتهى لكن لم يذكر فى الخلاصة انه مختار وانما قال وفى النصاب وشهادة الاعمى لاتجوز الا فى النسب والموت وماتجوز الشهادة فيه بالشهرة والتسامع فكان ينبغى ان يقول وجزم به فى النصاب من غير ذكر خلاف كما ذكره القدسى (خلافا لابى يوسف) والشافعى فى الدين والعقار (فيما اذا تحملها بصيرا) وانما قيدنا بالدين والعقار لان فى المنقول لاتقبل شهادته اتفاقا لانه يحتاج الى الاشارة والدين يعرف ببيان الجنس والوصف والعقار بالتحديد وكذا فى الحدود لاتقبل اتفاقا قيد بقوله ان تحملها بصيرا لانه ان تحملها اعمى لاتقبل اتفاقا كما فى شرح المجمع وغيره لكن المراد اتفاق غير مالك والا فعنده مقبولة قياسا على قبول روايته تدبر وفى الهداية ولو عمى بعد الاداء يمتنع القضاء عند الطرفين لان قيام اهلية الشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها حجة عنده وصار كما اذا خرس او جن او فسق بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا لان الاهلية بالموت انتهت وبالغيبة مابطلت وعند ابى يوسف لايمتنع القضاء لانه لا اثر فى نفس قضاء القاضى للعمى العارض للشاهد بعد اداء شهادته فيكون الاداء عنده حجة (ولا) تقبل (شهادة المملوك) سواء كان قنا او مدبرا او مكاتبا او ام ولد او معتق البعض (والصبى) لان الشهادة من باب الولاية ولاولاية لهما (الا ان تحملا) اى الشهادة (حال الرق والصغر واديا بعد العتق والبلوغ) لانهما اهل للتحمل لان التحمل بالمشاهدة والسماع ويبقى الى وقت الاداء بالضبط وهما لاينافيان ذلك وهما اهل عند الاداء واشار الى ان الكافر اذا تحملها على مسلم ثم اسلم فاداها تقبل وكذا الزوج اذا تحملها لامرأته فابانها ثم شهد لها وفى الخلاصة ومتى ردت الشهادة لعلة ثم زالت العلة فشهد فى تلك الحادثة لاتقبل الا فى اربعة العبد والكافر على المسلم والاعمى والصبى وفى النصاب اذا شهد المولى لعبده فردت ثم شهد بعد العتق لاتقبل والمراد من الصغر ان يكون صاحب تمييز لان مطلق الصغر ليس باهل لتحمل الشهادة فعلى هذا لو قال والتمييز مكان

الصغر كما فى التنوير لكان اولى وفيما قاله يعقوب باشا من انه لايجوز للقاضى ان يقبل شهادة المملوك ويحكم به وان حكم لايصح لانه غير مجتهد فيه كلام لان صاحب الكافى قال ورد شهادة المملوك والصبى خلافالمالك فيهما فيكونان مجتهدا فيهما تتبع (ولا) تقبل (شهادة المحدود فى قذف) اى لقذفه (وان) وصلية (تاب) عندنا لقوله تعالى ولاتقبلوا لهم شهادة ابدا وقوله تعالى الا الذين تابوا استثناء منفصل لان قوله تعالى اولئك هم الفاسقون كلام مبتدأ ليس من جنس الاول اذ هو اخبار وماقبله امر ونهى فلا يمكن اثبات الشركة بينهما فى المعنى فاذا صار منقطعا عن الاول لاينصرف الاستثناء المذكور الى ما قبله وفى البحر والاوجه انه متصل وتمامه فى الفتح فليراجع ولان رد شهادته من تمام حده وفيه اشارة الى ان الشهادة قبل الحد تقبل وفى المبسوط لاتسقط شهادة القاذف مالم يضرب تمام الحد وعن الامام سقوطها بضرب الاكثر وعنه ايضا سقوطها بضرب واحد وعند الائمة الثلاثة تقبل اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا اذ الاستثناء متى يعقب كلمات معطوفات ينصرف الى جميع ماتقدم ولان الموجب رد شهادته فسقه وقد ارتفع بالتوبة لكن رد الشهادة لاجل انه حد لا للفسق ولهذا لو اقام اربعة بعد ماحد على انه زنى تقبل شهادته بعد التوبة فى الصحيح لانه لو اقامها قبله لم يحد فكذا لاترد شهادته كما فى التبيين فعلى هذا لو قيد بقوله ان لم يقم بينة على صدق مقالته لكان اولى تدبر (الا ان حد كافر ثم اسلم) فتقبل على الكافر وعلى اهل الاسلام ضرورة لان هذه الشهادة شهادة اخرى حدثت بعد الاسلام ولم يلحقها رد بسبب الحد بخلاف العبد اذا حد ثم عتق حيث لاتقبل شهادته لانه لاشهادة للعبد اصلا فى حال رقه فيتوقف الرد على حدوثها فاذا حدث كان رد شهادته بعد العتق من تمام حده (ولا) تقبل (الشهادة لاصله وان) وصلية (علا) سواء كان الجد صحيحا او فاسدا (وفرعه وان سفل) لقوله عليه السلام لاتقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولان المنافع بينهما على وجه الاتصال فلا يخ من تمكن التهمة ولهذا تقبل على اصله وفرعه الا اذا شهد الجد على ابنه لابن ابنه فانها لاتقبل اطلق الفرع فشمل الولد من وجه فلاتقبل شهادة ولد الملاعن لاصوله او هو له او لفروعه لثبوته من وجه وتقبل شهادة الولد من الرضاع له وتجوز شهادة الرجل لام زوجته وابيها ولزوج ابنته ولامرأة ابنه (وعبده) اى ولاتقبل شهادة المولى لعبده سواء كان للعبد دين او لم يكن لقوله عليه السلام لاتقبل شهادة المولى لعبده ولانه شهادة من نفسه من وجه (ومكاتبه) لكونه عبدا رقبة (ولا) تقبل (من احد الزوجين للآخر) لقوله عليه السلام لا تقبل شهادة

المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته وقال الشافعي تجوز بلا فرق وفى الخانية ان شهد الرجل لامرأة بحق ثم تزوجها بطلت شهادته ولو شهد لامرأته وهو عدل ولم يرد الحاكم شهادته حتى طلقها باينا وانقضت عدتها روى ابن شجاع ان القاضي ينفذ شهادته وبه علم ان الزوجية انما تمنع منها وقت القضاء لا وقت الاداء ولا وقت التحمل كما فى البحر وفى كلام الخانية اشارة الى ان القاضى لا ينفذ شهادته فى العدة لما فى القنية طلقها ثلاثا وهى فى العدة لا تجوز شهادته لها وشهادتها له انتهى فعلى هذا لو قيده بقوله ولو فى عدة من ثلاث لكان اولى تدبر (ولا) تقبل شهادته (الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما) لانه مدع لنفسه فلو شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة (ولا) تقبل شهادة المخنث الذى يفعل الردى) لارتكابه المعصية والمراد من المخنث هو الذى يتشبه بالنساء باختياره فى الاقوال والافعال واما الذى فى كلامه لين وفى اعضائه تكسر خلقة فهو مقبول الشهادة وفى البحر المخنث بكسر النون وفتحها فان كان الاول فهو بمعنى المتكسر فى اعضائه المتلين فى كلامه تشبها بالنساء وان كان الثانى فهو الذى يعمل به لواطة (ولا) شهادة (النايحة) فى مصيبة غيرها ولو بلا اجر (والمغنية) لارتكابهما الحرام فانه عليه السلام نهى عن الصوتين الاحمقين النايحة والمغنية قيدنا بمصيبة غيرها لانها لو ناحت فى مصيبتها تقبل وكذا المراد بالتغنى بين الناس فمجرد التغنى لم يسقط العدالة كما فى القهستانى (ولا) تقبل شهادة (العدو بسبب دنياه على من عاداه) لان العداوة لاجل الدنيا حرام فيظهر بالشهادة عليه عداوته اما اذا شهد لمنفعته قبلت لعدم ظهور فسقه من عدواته فيحمل على تركها وفى القنية ان العداوة بسبب الدنيا لا تمنع مالم يفسق بسببها او يجلب بها منفعة او يدفع بها عن نفسه مضرة وما فى الواقعات وغيرها اختيار المتأخرين واما الرواية المنصوصة فبخلافها فانه اذا كان عدلا تقبل شهادته وهو الصحيح وعليه الاعتماد وتمامه فى البحر فليطالع (ومدمن الشرب على اللهو) سواء شرب الخمر او المسكر من المحرمات اذ بالادمان والاعلان يظهر فسقه هذا اذا شرب على اللهو اما اذا شرب للتداوى فلا يسقط العدالة لكون الحرمة مختلفا فيها وفى المعتبرات قالوا انما شرط الادمان ليكون ذلك ظاهر امنه عند الناس لان من اتهم بشرب الخمر فى بيته لا تبطل عدالته وان كان كبيرة وانما تبطل اذا ظهر او خرج سكران فيسخر منه الصبيان لان مثله لا يحترز عن الكذب فينبغى ان لا يكون المراد من الادمان الادمان فى النية بان يشرب ومن نيته ان يشرب بعد ذلك اذا وجد كما فى النهاية لانه لا يظهر الشرب منه كما لا يخفى وقيل المراد من مد من الشرب على اللهو غير شارب الخمر

لان شاربها مردود الشهادة ولو قطرة فلا حاجة لابطال شهادته الى الادمان ولا الى شربها على اللهو وقال الصدر الشهيد ان الخصاف يسقط العدالة بشرب الخمر من غير ادمان ومحمد شرط الادمان لسقوطها وهو الصحيح وتمام التحقيق فى البحر فليطالع (ومن يلعب بالطيور) لشدة غفلته واصراره على نوع لهو ولانه غالبا ينظر الى العورات فى السطوح وغيرها وهو فسق فاما اذا امسك الحمام للاستيناس ولا يطيرها فلا تزول عدالته لان امساكها فى البيوت مباح (او يلعب بالطنبور) لكونه من اللهو والمراد من الطنبور كل لهو يكون شنيعا بين الناس احترز عما لم يكن شنيعا كضرب القضيب فانه لا يمنع قبولها الا ان يتفاحش بان يرقصون به فيدخل فى حد الكبائر (او يغنى للناس) لانه يجمع الناس على الكبيرة كما فى الهداية وظاهره ان الغناء كبيرة وان لم يكن للناس بل لاسماع نفسه للوحشة وهو قول شيخ الاسلام فانه قال بعموم المنع والامام السرخسى انما منع ما كان على سبيل اللهو ومنهم من جوزه لاسماع نفسه دفعا للوحشة وهو الصحيح كما فى اكثر المعتبرات ومنهم من جوزه فى عرس او وليمة ومنهم من جوزه ليستفيد به نظم القوافى وفصاحة اللسان ومنهم من كرهه مطلقا ومنهم من اباحه مطلقا (او يلعب بالنرد) من غير شرط المقامرة او تفويت الصلوة (او يقامر بالشطرنج او تفوته الصلوة بسببه) اى بسبب الشطرنج لظهور الفسق بترك الصلوة وكذا بالمقامرة اما بدونهما لا يمنع العدالة لان للاجتهاد فيه مساغا لقول مالك والشافعى باباحته وهو مروى عن ابى يوسف واختارها ابن الشحنة اذا كان لاحضار الذهن واختار ابو زيد حله وفى النوازل سئل ابو القاسم عن من ينظر الى لاعبه من غير لعب ايجوز فقال لن يصير فاسقا وقد سوى بين النرد والشطرنج فى الكنز فقال او يقامر بالنرد والشطرنج وليس كذلك والحاصل ان العدالة انما تسقط اذا وجد واحد من خمسة القمار وفوت الصلوة بسببه واكثار الحلف عليه واللعب به على الطريق او يذكر عليه فسقا والا فلا بخلاف النرد فانه مسقط مطلقا كما فى البحر وانما لم يذكر الثلاثة الاخيرة لانها معلومة فلا تساهل فى تركها (او يرتكب ما يوجب الحد) اى يأتى نوعا من الكبائر الموجبة للحد لوجود تعاطيه بخلاف اعتقاده وذا دليل قلة ديانته فلعله يجترئ على الشهادة زورا كما فى الكافى وفى الدرر هذا مخالف لما نقلناه عنه فى شرب الخمر سرا لكن التوفيق بينهما ان المراد بارتكاب ما يحد به ليس ارتكاب ما من شانه ان يحد به بل ارتكاب ما يحد به بالفعل ولا يكون ذلك الا باظهاره واطلاع الشهود عليه وفى البحر الاعانة على المعاصى والحث عليها كبيرة ولا تقبل شهادة بايع الاكفان وقيد السرخسى بما اذا ترصد لذلك العمل والا فتقبل لعدم تمنيه الموت والطاعون

ولاتقبل شهادة الصكاكين لانهم يكتبون بخلاف الواقع والصحيح قبولها اذا غلب عليهم الصلاح ولاتقبل شهادة الطفيلي والرقاص والمجازف في كلامه والمسخرة بلا خلاف ولاتقبل شهادة من يشتم اهله ومماليكه كثيرا الا احيانا وكذا الشتام للحيوان ولاتقبل شهادة البخيل والذى اخر الفرض بعدوجوبه ان كان له وقت معين كالصلاة والصوم ولاتجوز شهادة تارك الجماعة الابتأويل ولاتارك الصلاة وكذا تارك الجمعة بغير عذر ولاتقبل شهادة اهل السجن بعضهم على بعض وذكر ابن وهبان لاتقبل شهادة الاشراف من اهل العراق لانهم قوم يتعصبون وفى البحر فعلى هذا كل متعصب لاتقبل شهادته انتهى فينبغى ان لا تقبل فى زماننا شهادة العلماء بعضهم على بعض لانهم متعصبون او يأكل الربوا لانه من الكبائر اى يأخذ القدر الزائد والمراد بالاكل الاخذ وشرط فى المبسوط ان يكون مشهورا باكل الربوا لان التجار قلما يتخلصون عن الاسباب المفسدة للعقد وكل ذلك ربوا فلابد من الاشتهار كما فى الدرر (او يدخل الحمام بلا ازار) لان كشف العورة حرام ومع ذلك يدل على عدم المبالاة (او يفعل مايستخف به كالبول والاكل على الطريق) لانه تارك المروءة وكذا كل من يأكل غير السوقى فى السوق بين الناس والمراد بالبول على الطريق اذا كان بحيث يراه الناس وكذا غيرهما فى المباحات القادحة فى المروءة كصحبة الاراذل والاستخفاف بالناس وافراط المرح والحرف الدنية من نحو الدباغة والحياكة والحجامة بلا ضرورة كما فى القهستانى لكن فى البحر الصحيح القبول اذا كانوا عدولا ومثله النخاسون والدلالون (او يظهر سب واحد من السلف) وهم الصحابة والعلماء المجتهدون رضوان الله تعالى عليهم اجمعين لان هذه الافعال تدل على قصور عقله ومروءته ومن لم يمتنع عنها لايمتنع عن الكذب كما فى الدرر وزاد فى الفتح العلماء ولو قال او يظهر سب مسلم لكان اولى لان العدالة تسقط بسب مسلم وان لم يكن من السلف كما فى النهاية وغيرها قيد بالاظهار لانه لو كتمه تقبل كما فى الهداية (وتقبل الشهادة لاخيه وعمه) ولسائر الاقارب غير الولاد (ومحرمه رضاعا ومصاهرة) كام امرأته وزوج بنته وامرأة ابيه وابنه لان الاملاك ومنافعها متميزة بينهم ولابسوطة لبعضهم فى مال البعض فلايتحقق التهمة (و) تقبل (شهادة اهل الاهواء) مطلقا سواء كان على اهل السنة او بعضهم على بعض او على الكفرة اذا لم يكن اعتقادهم مؤديا الى الكفر كما فى الذخيرة وهم اهل القبلة الذين معتقدهم غير معتقد اهل السنة فى بعض الامور كالجبرية والقدرية والروافض والخوارج والمعطلة والمشبهة وكل منهم اثنى عشر فرقة على ماهو المذكور فى الكتب الكلامية وقال الشافعى لاتقبل

شهادة كلها لاشتداد فسقهم ولنا ان فسقهم كان من حيث الاعتقاد ولم يوقعهم في هذا الهوى الاتدينهم فصار كمن يشرب المثلث او يأكل متروك التسمية عامدا مستبيحا لذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطي (الاالخطابية) هم قوم من غلاة الروافض يعتقدون الشهادة لكل من حلف عنهم وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فتمكن التهمة في شهادتهم فلا تقبل (و) تقبل شهادة (الذمي على مثله) اى على ذمي آخر (وان) وصلية (اختلفا ملة) كاليهود والنصارى اذا الكفر ملة واحدة وقال ابن ابي ليلى لاتقبل ان تخالفا اعتقادا وفي الغرر وتقبل من كافر على عبد كافر مولاه مسلم او على حر كافر موكله مسلم بلاعكس (و) تقبل شهادة الذمي (على المستأمن) لان الذمي اعلى حالا منه لكونه من اهل دارنا ولهذا يقتل المسلم بالذمي لابالمستأمن (دون عكسه) اى لاتقبل شهادة المستأمن على الذمي لقصور ولايته عليه لكونه ادنى حالامنه (و) تقبل شهادة (المستأمن على مثله ان كانا من دار واحدة) حتى لو كانا من اهل دارين كالروم والترك لاتقبل لان الولاية فيما بينهم تنقطع باختلاف المنعتين ولهذا لايجرى التوارث بينهما وقال الشافعي ومالك لاتقبل شهادة اهل ملة على اهل ملة اخرى (و) تقبل شهادة (عدو بسبب الدين) اى بامر ديني لانه لايكذب لدينه كاهل الاهواء هذا تصريح بما علم ضمنا لانه يفهم من قوله ولاتقبل شهادة العدو بسبب الدنيا (و) تقبل شهادة (من الم بصغيرة) اى ارتكب صغيرة بلااصرار عليها (ان اجتنب الكبائر) اى كل فرد من افراد الكبائر كما في اكثر الكتب لكن في القهستاني نقلا عن الخلاصة المختار اجتناب الاصرار على الكبائر فلوارتكب كبيرة مرات قبل شهادته واختلفوا في الكبيرة والاصح انه ماكان شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله والدين (وغلب صوابه على خطائه) اى كثرت حسناته بالنسبة الى سيئاته ممن اجتنب الكبائر وفي الاختيار ولابد ان يكون صلاحه اكثر من فساده معتادا للصدق مجتنبا عن الكذب صحيح المعاملة في الدينار والدرهم مؤديا للامانة قليل اللهو والهذيان قال عمر رضي الله عنه لاتغرنكم طنطنة الرجل في صلاته انظروا الى حاله عند درهم ودينار اماالالمام بمعصية لايمنع قبول الشهادة لمافي اعتبار ذلك من سدباب الشهادة انتهى (و) تقبل شهادة (الاقلف) لاطلاق النصوص عن قيد الختان لكونه سنة عندنا اطلقه تبعا لمافي الكنز لكن قيده قاضيخان وغيره بان يتركه لعذر كالكبرا وخوف الهلاك اما اذاتركه على وجه الاعراض عن السنة او الاستخفاف بالدين فلاتقبل فالامام لم يقدر بوقت وغيره من وقت الولادة

الى عشر سنين وقيل الى اثنى عشرة (و) تقبل شهادة (الخصى) فان عمر رضى الله عنه قبل شهادة علقمة الخصى ولانه قطع منه عضو ظلما كما لو قطعت يده ظلما وكذا الا قطع اذا كان عدلا لما روى ان النبى عليه السلام قطع يد رجل فى سرقة ثم كان بعد ذلك يشهد فتقبل شهادته كما فى المنح (وولد الزنا) لان فسق الابوين لا يوجب فسق الولد خلافا لمالك (والخنثى) ان لم يكن مشكلا وان كان مشكلا يجعل امرأة فى حق الشهادة احتياطا وينبغى ان لاتقبل فى الحدود والقصاص كالنساء (والعمال) والمراد بهم عمال السلطان الذين يأخذون الحقوق الواجبة كالخراج ونحوه عند الجمهور لان نفس العمل ليس بفسق فتقبل الا اذا كانوا اعوانا على الظلم فلا تقبل كما فى البحر وقيل العامل ان كان وجيها فى الناس ذا مروءة لايجازف فى كلامه تقبل والحاصل انهم ان كانوا عدولا تقبل والا فلا وقيل اراد بالعمال الذين يعملون ويواجرون انفسهم للعمل لان من الناس من رد شهادة اهل الصناعات الخسيسة فافرد هذه المسئلة لاظهار مخالفتهم وفى البحر وذكر الصدر ان شهادة الرئيس لاتقبل وكذا الجابى والمراد بالرئيس رئيس القرية وهو المسمى فى بلادنا شيخ البلد ومثله المعرفون فى المراكب والعرفاء فى جميع الاصناف وضمان الجهات فى بلادنا لانهم كلهم اعوان على الظلم كما فى الفتح (و) تقبل شهادة (المعتق) بفتح التاء (لمعتقه) وعكسه لانه لاتهمة فيها وقد قبل شريح شهادة قنبر وهو جد سيبويه لعلى رضى الله عنه وكان عتيقه وفيه اشعار بان العتيق لو كان متهما لم تقبل ولذا قال فى الخلاصة ولو شهد العبدان بعد العتق على ان الثمن كذا عند اختلاف البايع والمشترى لاتقبل لانهما يجران لانفسهما نفعا باثبات العتق لانه لولا شهادتهما لتحالفا وفسخ البيع المقتضى لابطال العتق وفى المنح ولا يعارض ما فى الخلاصة لو اشترى غلامين واعتقهما فشهدا لمولاهما على انه قد استوفى الثمن جازت شهادتهما لانهما لا يجران بها نفعا ولايدفعان مغرما وشهادتهما بان البايع ابرأ المشترى من الثمن كشهادتهما بالايفاء كما فى الخانية (والمعتبر حال الشاهد وقت الاداء لا) وقت (التحمل) كما بيناه (ولو شهدا) اى ابنا الميت (ان اباهما اوصى الى زيد) اى جعله وصيا (وزيد يدعيه) اى الايصاء قال المولى سعدى والمراد من قوله والوصى يدعى اى الوصى يرضى انتهى لكن الدعوى يستلزم الرضى بطريق ذكر الملزوم واراد اللازم تدبر (قبلت) شهادتهما (وان انكر) ذلك الوصى (فلا) اى لا تقبل شهادتهما لان القاضى لايملك اجبار احد على قبول الوصية (ولو شهدا ان اباهما الغائب وكله) اى زيدا بقبض دينه او وكله بالخصومة (لاتقبل وان) وصلية (ادعاه) لان القاضى

لايملك نصب الوكيل عن الغائب بتعيينهمافشهادتهما تصير لنفعهما اذ يمكن ان يتواضعا مع الوكيل على اخذ المال فلاتقبل للتهمة بخلاف مسئلة الوصية لان القاضي يملك نصب الوصي عند الطلب والحاجة فبشهادتهما اولى وهذا استحسان والقياس يمنع الجواز لانهما قصدا من يقوم باحياء حقوقهمافلاتقبل للتهمة والظاهر ان الضمير في قوله وان ادعاه يرجع الى الوكالة اي وان ادعى الوكيل الوكالة فعلى هذا لوقال وان ادعاها بالتأنيث لكان اظهر (ولوشهد دائنا ميت) اى لوشهد غريمان لهما على الميت دين (انه) اى الميت (اوصى الى زيد) اى جعله وصيا (وهو) اى زيد (يدعيه) اى الايصاء (قبلت) شهادتهما كما اذا اشهدا بدين على الميت لرجلين ثم شهد المشهود لهما للشاهدين بدين على الميت تقبل شهادتهما عند الطرفين لان كل فرق يشهد بالدين فى الذمة ولاشركة له في ذلك وانما تثبت الشركة في المقبوض بعد القبض وقال ابو يوسف لاتقبل لان احد الفريقين اذا قبض شيئا من التركة بدينه يشركه الفريق الآخر فصار كل شاهدا لنفسه كما في المنح (وكذا لوشهد مديوناه) اى لوشهد مديونا ميت ان الميت اوصى الى زيد وهو يدعيه قبلت شهادتهما استحسانا والقياس يمنع الجواز في الصورتين لان الدائنين قصدا من يؤدى حقهما والمديونين قصدا البراءة بالدفع اليه فلا تقبل للتهمة (او) شهد من اوصى لهما) بان الميت قد اوصى الى زيد وهو يدعيه (او) شهد (وصياه) بان الميت قداوصى الى زيد وهو يدعيه (قبلت) استحسانا والقياس يمنع الجواز في الصورتين لانهما ارادا نصب من يوصل حقهما في الاولى ونصب من يعينهما على التصرف في مال الميت في الثانية فالنفع يرجع اليهما فلاتقبل لايقال بان الميت اذا كان له وصيان فالقاضي لايحتاج الى نصب آخر لانه يملكه لاقرارهما بالعجز عن القيام بامور الميت بخلاف ما اذا كان الوصي جاحدا في جميع هذه الصور لان القاضي لايملك اجبار احد على قبول الوصاية كما مر آنفا ولا بد من كون الموت معروفا في الكل اى ظاهرا الا في مسئلة الغريمين للميت عليهما دين فانها تقبل وان لم يكن الموت معروفا وفي البحر ولوشهد الوصي بعد العزل للميت ان خاصم لاتقبل والاتقبل كما لوشهد الوكيل بعد عزله للموكل ان خاصم لاتقبل والاتقبل ثم قال نقلا عن البزازية واما شهادة الوصي بحق للميت على غيره بعد ما اخرجه القاضي عن الوصاية قبل الخصومة او بعدها لاتقبل وكذا لوشهد الوصي بحق للميت بعد ما ادركت الورثة لاتقبل ولوشهد الوصي لبعض الورثة على الميت اذا كان المشهود له صغيرا لاتجوز اتفاقا وان بالغا فكذلك عنده وعندهما تجوز ولوشهد لكبير على اجنبي تقبل

في ظاهر الرواية ولو شهد للوارث الكبير والصغير في غير ميراث لم تقبل ولو شهد الوصيان على اقرار الميت بشيء معين لوارث بالغ تقبل انتهى (ولا تقبل الشهادة) حال كونها مشتملة (على جرح مجرد) اى جارجية مجردة اى لم يترتب عليه ما يترتب على الجرح من دفع الخصومة عن المشهود عليه ولذا يقال له الجرح المفرد (وهو) اى الجرح المجرد (مايفسق به) شاهد المدعى المعدل فان الحكم لم يجز قبل التعديل لاسيما اذا جرح وعند الشافعي تسمع ويحكم به وكذا نقل عن الخصاف (من غير ايجاب حق للشرع) كوجوب الحد (او للعبد) كوجوب المال فلو اوجبه تقبل (نحو) ان يشهدوا (هو) اى الشاهد (فاسق او آكل ربوا او انه استأجرهم) او شارب خمر في وقت اوزان في وقت او على اقرارهم انهم شهدوا بزور او ان المدعى مبطل في هذه الدعوى او انه لاشهادة لهم على المدعى عليه في هذه الحادثة وانما لم تقبل هذه الشهادات بعد التعديل لان العدالة بعدما ثبتت لا ترتفع الا باثبات حق الشرع او العبد وليس في شيء مما ذكر اثبات واحد منهما بخلاف ما اذا وجدت قبل التعديل فانها كافية في الدفع ومن القواعد المقررة ان الدفع اسهل من الرفع وهو السر في كون الجرح المجرد مقبولا قبل التعديل ولو من واحد ولذا قيدنا بالمعدل وغير مقبول بعده بل يحتاج الى نصاب الشهادة واثبات حق الشرع او العبد كما في الدرر فعلى هذا لو قال ولا تقبل الشهادة بعد التعديل كما في الغرر لكان اولى (وتقبل) الشهادة (على اقرار المدعى بفسقهم) اى بفسق شهوده لانهم ماظهروا الفاحشة بل حكوا عنه والاقرار مما يدخل تحت الحكم فهذه الشهادة ليست على جرح مجرد بخلاف الشهادة على اقرار الشهود مع انه لايدخل تحت الحكم لان فيه هتك الستر وبه يثبت الفسق فلا تقبل (و) تقبل (على انهم) اى الشهود (عبيد) او احدهم عبد (او) انهم (محدودون في قذف او) انهم (شاربوا خمر) الآن ولم يتقادم العهد اذ لو كان متقادما لا تقبل كما مر وكذا تقبل على انهم سرقوا مني كذا اوزنوا النسوة بلا تقادم مالم يزل الريح في الخمر ولم يمض شهر في الباقي (او) انهم (قذفة) لفلان وهو يدعيه فان الكل يوجب حقا للشرع وهو الرق في العبد والحد في الباقي (او) انهم (شركاء المدعى) شركة مفاوضة والمدعى مال لوجود التهمة كما اذا شهد ولد المدعى او والده (او انه) اى المدعى (استأجرهم لها) اى للشهادة (بكذا واعطاهم ذلك) اى الاجر (مما عنده) اى من الشيء الذي عنده فيكون ماموصولة وفي بعض النسخ من مالي عنده اى من مالي الذي كان عنده لان المدعى عليه خصم في ذلك فثبت الجرح بناء

عليه (او) انهم على (انى صالحتهم بكذا) من المال (ودفعته) اى المال (اليهم) اى الى الشهود (على ان لايشهدوا على) بهذا الباطل (فشهدوا) فعليهم ان يردوا المال على انهم اخصام فى ذلك (ومن شهد ولم يبرح) اى لم يزل عن مجلس القاضى (حتى قال اوهمت بعض شهادتى) منصوب على نزع الخافض اى فى بعض شهادتى (قبل ان كان عدلا) والمراد بالقبول قبول شهادته لاقبول قوله اوهمت لما فى الهداية فان كان عدلا جازت شهادته ومعنى قوله اوهمت اى اخطأت بنسيان ما كان يحق على ذكره او بزيادة كانت باطلة ووجهه ان الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس القضاء فان كان العذر واضحا فيقبل اذا تداركه فى اوان المجلس وهو عدل بخلاف ما اذا قام عن المجلس ثم عاد وقال اوهمت لانه يوهم الزيادة من المدعى بتلبيس وخيانة فوجب الاحتياط ولان المجلس اذا اتحد لحق الملحق باصل الشهادة فصار ككلام واحد ولا كذلك اذا اختلف المجلس وعلى هذا اذا وقع الغلط فى بعض الحدود او فى بعض النسب وهذا اذا كان موضع شبهة فاما اذا ما لم يكن فلا بأس باعادة الكلام اصلا مثل ان يدع لفظة الشهادة وما يجرى مجرى ذلك وان قام عن المجلس بعد ان يكون عدلا وعن الشيخين انه يقبل قوله فى غير المجلس اذا كان عدلا والظاهر ما ذكرناه انتهى وفى الدرر اذا تذكر لفظا بعد ما شهد فى شهادته فذكره يقبل اذا لم يكن فيه مناقضه واطلق فى الجامع الصغير والمحيط انه اذا لم يبرح عن مكانه جاز ذلك اذا كان عدلا ولم يشترط عدم المناقضة وانه شرط حسن ذكره الزاهدى

باب الاختلاف فى الشهادة

تأخير الاختلاف فى الشهادة عن اتفاقها مما يقتضيه الطبع لكون الاتفاق اصلا والاختلاف انما هو بعارض الجهل والكذب فاخره وضعا للتناسب كما فى العناية (شرط موافقة الشهادة الدعوى) لانها لو خالفتها فقد كذبتها والدعوى الكاذبة لايعتبر وجودها والشرط توافقهما فى المعنى دون اللفظ حتى لو ادعى المدعى الغصب فشهدا باقرار المدعى عليه بذلك تقبل كما فى اكثر الكتب وما فى الوقاية من انه شرط موافقة الشهادة الدعوى كاتفاق الشاهدين لفظا ومعنى مخالف لما فى اكثر الكتب تدبر ثم فرعه فقال (فلو ادعى دارا شراء او ارثا وشهدا) اى الشاهدان (بملك مطلق ردت) شهادتهما لانهما شهدا باكثر مما ادعاه المدعى لانه ادعى ملكا حادثا وهما شهدا بملك قديم وهما مختلفان فان الملك فى المطلق يثبت من الاصل حتى يستحق بزوائده ولا كذلك فى الملك الحادث ويرجع الباعة بعضهم الى بعض فيه فصارا غيرين

(وفى عكسه) اى ادعى ملكا مطلقا وشهدا بملك بسبب كالشراء اوالارث (تقبل) الشهادة لانهم شهدوا باقل مما ادعاه فلم تخالف شهادتهما الدعوى للمطابقة معنى (وكذا شرط اتفاق الشاهدين لفظا ومعنى) لان القضاء لايجوز الا بحجة وهى شهادة المثنى فالم يتفقا فيما شهدا به لاتثبت الحجة مطلقا والموافقة المطلقة باللفظ والمعنى وهذا عند الامام وقالا الاتفاق فى المعنى هو المعتبر لاغير والمراد بالاتفاق فى اللفظ تطابق اللفظين على افادة المعنى بطريق الوضع لابطريق التضمن حتى لو ادعى رجل بمائة درهم فشهد شاهد بدرهم وآخر بدرهمين وآخر بثلاثة وآخر باربعة وآخر بخمسة لم تقبل عنده لعدم الموافقة لفظا وعندهما يقضى باربعة لاتفاق الشاهدين الاخيرين فيها معنى ثم فرعه فقال (فلا تقبل) الشهادة (لو شهد احدهما بالف او مائة او طلقة و) شهد (الآخر بالفين و بمائتين و بطلقتين او ثلاث) عند الامام لعدم الاتفاق لفظا ولان الدلالة على الاقل بالتضمن غير معتبر الا يرى انه لو شهد احدهما بانه قال لامرأته انت خلية وشهد الآخر انه قال انت برية لايثبت شئ وان اتفق المعنى كما لو ادعى غصبا اوقتلا فشهد احدهما به والآخر بالاقرار به حيث لاتقبل وكذا فى كل قول جمع مع فعل لاتقبل كما لوادعى عليه الفا فشهد احدهما انه دفع لهذا المدعى عليه الفا وشهد الآخر على اقرار المدعى عليه بها لايجمع لان هذا قول وفعل وذكروا انه لايجمع بين القول والفعل كما فى المنح (وعندهما) والائمة الثلاثة (تقبل على الاقل) اى على الالف او المائة او الطلقة عند دعوى الاكثر لاتفاقهما على الاقل معنى من غير قدح ولو ادعى الاقل لايثبت شئ عندهم لان المدعى مكذب لشاهد الاكثر وفى النهاية ان كانت المخالفة بينهما فى اللفظ دون المعنى تقبل كما لوشهد احدهما على الهبة والآخر على العطية لان اللفظ ليس بمقصود فى الشهادة بل المقصود ماصار اللفظ علما عليه فاذا وجدت الموافقة فى ذلك لاتصير المخالفة فيما سواها وكذا اذا شهد احدهما بالنكاح والآخر بالتزويج تقبل ذكره فى المحيط ولم يحك فيه خلافا وفى البحر تفصيل فليطالع (ولو شهد احدهما بالف والآخر بالف ومائة والمدعى يدعى الاكثر) اى الفا ومائة (قبلت) شهادتهما (على الالف اتفاقا) لاتفاقهما على الالف لفظا ومعنا وقد انفرد احدهما بالف ومائة بالعطف والمعطوف غير المعطوف عليه فيثبت مااتفقا عليه قيد بدعوى الاكثر لانه لو ادعى الاقل بان قال لم يكن الا الالف او سكت عن دعوى المائة الزائدة لاتقبل لظهور تكذيبه الشاهد فى الاكثر الا اذا ادعى التوفيق بان قال كان اصل حقى الفا ومائة لكن ابرأت المائة عنها او استوفيت قبلت للتوفيق

(وكذا مائة ومائة وعشرة) يعني لو شهد احدهما بمائة والآخر بمائة وعشرة والمدعي يدعي الاكثر تقبل على مائة اتفاقا (و) كذا (طلقة وطلقة ونصف) اى شهد احدهما بطلقة والآخر بطلقة ونصف تقبل اتفاقا على طلقة ان ادعى الاكثر بخلاف العشرة وخمسة عشر حيث لاتقبل لانه مركب كالالفين اذ ليس بينهما عطف وفي البحر شهد احدهما على خمسة عشر والآخر على عشرة وخمسة والمدعي يدعي خمسة عشر ينبغي ان تقبل (ولو شهدا بالف او بقرض الف وقال احدهما) اى احد الشاهدين (قضى منها) اى من الالف (كذا) اى خمسمائة مثلا (قبلت) شهادتهما (على الالف) لاتفاقهما على وجوب الالف (لا) تقبل (عن القضاء) لانه شهادة فرد (ما لم يشهد به) اى الا ان يشهد معه (آخر) وعن ابي يوسف انه يقضي بخمسمائة لان شاهد القضاء مضمون شهادته ان لادين الاخمسمائة (وينبغي) اى يجب (لمن علمه) اى علم قضاء بعضه (ان لايشهد) بالف كلها (حتى يقر المدعي به) اى بما قبض كي لا يكون معينا على الظلم (ولو شهدا بقتله) اى بقتل شخص (زيدا يوم النحر بمكة و) شهد (آخران بقتله) اى بقتل ذلك الشخص (اياه) اى زيدا (فيه) اى في يوم النحر (بكوفة ردتا) بالاجماع لان احديهما كاذبة بيقين ولامجال للترجيح لان القتل من باب الفعل والفعل الواحد لايتكرر وكذالو اختلفا في الزمان او الآلة التي قتل بها ردتا ايضا قيد بكون المشهود به القتل لانهم لو شهدوا على اقرار القاتل بذلك في وقتين او مكانين تقبل كما في البحر (فان قضى باحديهما) اى باحدى الشهادتين (اولا بطلت) الشهادة (الاخيرة) بالاجماع لان الاولى ترجحت على الاخرى باتصال القضاء بها فلاتنتقض بالثانية (ولوشهدابسرقة بقرةواختلفا) اى الشاهد ان (في لونها) اى في لون البقرة اطلق اللون فشمل جميع الالوان وهو الصحيح اى قال احدهما حمراء والآخر صفراء او قال احدهما سوداء والآخر بيضاء (قطع) اى قبلت شهادتهما وقطعت يد السارق عند الامام لانهما اختلفا فيماليس في صلب الشهادة وكذا لو سكتا عن ذكر اللون تقبل شهادتهما مع ان التوفيق ممكن بين اللونين لان السرقة تكون في الليالي غالبا و يكون التحمل فيها من بعيد فيتشابه عليهما اللونان او يجتمعان بان يكون السواد من جانب فاحدهمايراه والبياض من جانب والآخر يراه وفي الاصلاح و يرد عليه انه احتيال في ايجاب الحد والاصل خلاف ذلك وماقيل في دفعه انه صيانة للحجة عن التعطل وانما يجب الحد ضرورة ضعيف كمالايخفى ولوقيل يثبت المال لامكان التوفيق و يسقط الحد لمكان الشبهة لكان اوفق للاصول

واقرب الى العقود (وان اختلفا في الذكوره والانوثة) اى قال احدهما سرق ذكرا والاخر قال انثى (لا) يقطع اتفاقا لعدم تطابق الشاهدين في المعنى لاختلافهما في جنسين متباينين (وعندهما) وهو قول الائمة الثلاثة (لا يقطع فيهما) اى فيما اختلفا في لونها وفيما اختلفا في الذكورة والانوثة لان البقرة البيضاء غير السوداء فكانا سرقتين مختلفتين ولم يتم على واحد نصاب الشهادة فصار كالاختلاف في الذكورة والانوثة قيل هذا الاختلاف فيما اذا ادعى سرقة بقرة فقط من غير تقييد بوصف فاذا ادعى سرقة بقرة سوداء او بيضاء فاختلفا الشاهدان لا تقبل اجماعا كما لا تقبل عند اختلافهما في المروى والهروى في سرقة الثوب لان المدعى كذب احدهما (وفي الغصب) يعني لو شهدا بغصب بقرة واختلفا في لونها (لا تقبل اتفاقا) لان التحمل فيه بالنهار غالبا على قرب منه فلا يشتبه عليهما وفي التنوير وفي العين تقبل (ولو شهد واحد بالشراء او الكتابة بالف) متعلق بهما (و) شهد (الآخر) بالشراء او الكتابة (بالف ومائة ردت) شهادتهما لان المقصود اثبات السبب وهو العقد فالبيع بالف غير البيع بالف ومائة فاختلف المشهود به لاختلاف الثمن فلم يتم النصاب على واحد منهما ولا فرق بين ان يكون المدعى هو البايع او المشترى و بين ان يدعى اقل المالين او اكثرهما كما سيجئ وكذا لو اختلفا في مقدار بدل الكتابة لا تقبل شهادتهما لما قررناه (وكذا العتق على مال والصلح عن قود والرهن والخلع ان ادعى العبد) في الصورة الاولى (والقاتل) في الثانية (والراهن في الثالثة (والمرأة) في الرابعة لان هؤلاء لا يقصدون اثبات المال بل اثبات العقد وهو مختلف فلا تقبل (وان ادعى الآخر) اى المولى في العتق على مال وولى المقتول في الصلح عن قود والمرتهن في الرهن والزوج في الخلع بان يدعى مولى العبد انى اعتقتك على الف ومائة وقال العبد على الف او ادعى ولى القصاص صالحتك على الف ومائة وقال القاتل على الف وكذا الباقيان (كان كدعوى الدين) فيما ذكر من الوجوه من انها تقبل على الف اذا ادعى الفا ومائة بالاتفاق واذا ادعى الفين لا تقبل عنده خلافا لهما وان ادعى الاقل من المالين تعتبر الوجوه الثلاثة من التوفيق والتكذيب والسكوت عنهما لانه ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقى الدعوى في الدين وفي الرهن اذا كان المدعى هو الراهن لا تقبل لعدم الدعوى لانه لما لم يكن له ان يسترد الرهن قبل قضاء الدين كان دعواه غير مفيدة فكانت كأن لم تكن وان كان هو المرتهن كان بمنزلة الدين يقضى باقل المالين اجماعا وفي العناية والدرر كلام فليطالع (والاجارة كالبيع عند اول المدة) يعني اذا كانت الدعوى في الاجارة

فى اول المدة قبل استيفاء المعقود عليه واختلف الشاهدان لاتقبل كما لاتقبل عند الاختلاف فى البيع للحاجة الى اثبات العقد سواء ادعى الموجر او المستأجر سواء كانت الدعوى باقل المالين او اكثرهما (وكالدين بعدها) اى بعد المدة فثبت ماتفق عليه الشاهدان وهو الاقل اما اذا كان المدعى هو الاجر فانه لاحاجة حينئذ الى اثبات العقد واما ان كان المستأجر فلان ذلك منه اعتراف بمال الاجارة فيجب عليه ما اعترف به من غير حاجة الى اتفاق الشاهدين او اختلافهما وهذا ان ادعى الاكثر وان اقل لاتقبل شهادة من شهد بالاكثر لان المدعى يكذبه وفى بعض الشروح فان كان الدعوى من المستأجر فهو دعوى العقد بالاجماع وهو فى معنى الاول لان الدعوى اذا كانت فى العقد بطلت الشهادة فيؤخذ المستأجر باعترافه كما فى العناية (وفى النكاح تقبل) الشهادة (بالف) اذا اختلف الشاهدان فى قدر المهر بان شهد احدهما بالنكاح بالالف والاخر بالف ومائة عند الامام (استحسانا) لان المال فى النكاح تابع ومن حكم التابع ان لايغير الاصل ولذا لايبطل بنفيه ولايفسد بفساده وكذا لا يختلف باختلافه اذا اتفقا على الاصل وهو الملك والحل فيلزم القضاء به فيبقى المهر مالا منفردا وقضى باقل المالين (ولا فرق فيه بين دعوى الاقل او الاكثر) وهو الصحيح و بين كون الدعوى من الزوج او الزوجة وهو الاصح لان المنظور اليه هو النكاح وهو لايختلف باختلاف المهر لكونه غير مقصود فلزوم اكذاب شاهد الاكثر عند دعوى الاقل لايضر فى ثبوت النكاح وقيل الاختلاف فيما اذا كانت المرأة هى المدعية فان كان المدعى هو الزوج لاتقبل اجماعا (وقالا) وهو قول الائمة الثلاثة (ردت) الشهادة (فيه) اى فى النكاح (ايضا) اى كما فى البيع ولايقضى بشئ لان المقصود من الجانبين اثبات السبب اذ النكاح بالف غير النكاح بالف ومائة وذكر فى الامالى قول ابى يوسف مع قول الامام فالعمل بالاستحسان اولى وفى الشمنى وغيره ولو اختلف الشاهدان فى الزمان والمكان فى البيع والشراء والطلاق والعتق والوكالة والوصية والرهن والدين والقرض والبراءة والكفالة والحوالة والقذف تقبل ولو اختلفا فى الجناية والغصب والقتل والنكاح لاتقبل وفى البحر تفصيل فليراجع (ولابد من الجر فى شهادة الارث) يعنى اذا ادعى الوارث عينا فى يد انسان انها ميراث ابيه وشهدا ان هذه كانت لابيه لايقضى له حتى يجر الميراث حقيقة (بان يقول الشاهد مات وترك ميراثا للمدعى) او حكما كما اشار اليه بقوله (اومات وهذا ملكه اوفى يده) وتصرفه اما ان قال انه كان لابنه لاتقبل شهادته لعدم الجر حقيقة وحكما هذا عند الطرفين (خلافا لابى يوسف)

فانه قال تقبل شهادته بلاجر لان ملك المورث ملك الوارث لكون الوراثة خلافة ولهذا يرد بالعيب و يرد عليه به فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث ولهما ان ملك الوارث يتجدد في الاعيان وان لم يتجدد في حق الديون ولهذا يجب الاستبراء على الوارث في الجارية الموروثة و يحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير والمتجدد يحتاج الى النقل لئلا يكون استصحاب الحال مثبتا لكن يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال حينئذ ضرورة وكذا الشهادة على قيام يده لان الايدى عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان اذ الظاهر من حال المسلم في ذلك الوقت ان يسوى اسبابه و يبين ما كان من الوادیع والغصوب فاذا لم يبين فالظاهر من حاله ان ما في يده ملكه فجعل اليد عند الموت دليل الملك كما في العناية والدرر وقال صاحب المنح ولابد مع الجر المذكور من بيان سبب الوراثة واذا شهدوا انه اخوه فلابد من بيان انه اخوه لابيه وامه او لاحدهما ولابد من قول الشاهد لاوارث له غيره ولو قال لاوارث له بارض كذا تقبل عنده خلافا لهما وذكر اسم الميت ليس بشرط حتى لو شهدوا انه جده ابوابيه ووارثه ولم يسم الميت تقبل بدون اسم الميت (فان قال) الشاهد (كان هذا الشيء لاب المدعي اعاره من ذي اليد اواودعه اياه قبلت) الشهادة (بلاجر) لان يد المستعير والمودع والمستأجر يد الميت فصار كانه شهد بان اباه مات والمنزل في يده (وان شهدا ان هذا الشيء كان في يد المدعي منذ كذا) والحال انه ليس في يده عند الدعوى (ردت) شهادتهما وعند ابي يوسف انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك (ولو شهدا انه كان ملكه قبلت) فكذا هذا وصار كما لو شهدا بالاخذ من المدعي والوجه الظاهر وهو قول الطرفين ان الشهادة قامت بمجهول فان اليد متنوعة الى يد ملك وامانة وضمان فلايملك القضاء بالشك بخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد و بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وعن هذا قال وان شهدا انه كان ملكه قبلت شهادتهما لما مر (ولو اقر المدعى عليه انه كان في يد المدعي امر بالدفع اليه) اى الى المدعي لان الجهالة في المقر به لاتمنع صحة الاقرار (وكذا) يؤمر بدفعه (لو شهدا باقراره) اى اقرار المدعى عليه (بذلك) اى بانه كان في يد المدعي لان الاقرار معلوم فتصح الشهادة به

باب الشهادة على الشهادة

لايخفى حسن تأخير شهادة الفروع عن الاصول (تقبل) الشهادة على الشهادة استحسانا في جميع الحقوق كالاموال والوقف على الصحيح احياء له وصونا عن اندراسه

والتعزير كما في البحر وفي الاختيار هذا رواية عن ابي يوسف وعن الامام انها لم تقبل وقضاء القاضي وكتابه كما في الخانية (في غير حد وقود وان)وصلية (تكررت)مرتين اومرات اي تجوز في درجات ثم وثم كما تجوز في درجة وكان القياس ان لاتجوز لان الشهادة عبادة بدنيه والنيابة لاتجرى فيها وجه الاستحسان ان الحاجة ماسة اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن ادائها لبعض العوارض فلو لم تجز لادى الى اتواء الحقوق ولهذا جوزت وان كثرت اى وان تعددت الا ان فيها شبهة من حيث البدلية اومن حيث ان فيها زيادة احتمال وقد امكن الاحتراز عنه بجنس الشهود فلاتقبل فيما تندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص وعند الائمة الثلاثة تقبل فيما يسقط بها ايضا (وشرط لها) اى لهذه الشهادة (تعذر حضور الاصل) اى اصل الشاهد على القضية لادائها باحد من الاسباب الثلاثة (بموت) اى بموت الاصل كما في الهداية وغيرها لكن في القهستاني نقلا عن النهاية ان الاصل اذا مات لاتقبل شهادة فرعه فيشترط حيوة الاصل (اومرض) اى يكون مريضا مرضا لايستطيع به حضور مجلس القاضي وفيه اشعار بانها تقبل اذا كان الاصل مخدرة وهي التي لاتخالط الرجال ولو خرجت لقضاء الحاجة اوللحمام كما في القنية وكذا اذا حبس الاصل في سجن الوالي واما في سجن القاضي ففيه خلاف كما في السراج فعلى هذا ان ذكر الثلثة ليس بحصر (اوسفر) شرعي في ظاهر الرواية وعليه الفتوى لان جوازها عند الحاجة وانما تمس عند عجز الاصل و بهذه الاشياء يتحقق العجز بلا مرية فلوكان الفرع بحيث لو حضر الاصل مجلس الحكم امكنه البيتوتة في منزله لم تقبل وعند اكثر المشايخ وهو قول الائمة الثلاثة تقبل وعليه الفتوى كما في السراجية والمضمرات قالوا الاول احسن والثاني ارفق وعن محمد انه يجوز كيف ماكان ولوكان الاصل في المصر (و) شرط (ان يشهد عن كل اصل اثنان) لان شهادة واحد على شهادة واحد ليس بحجة خلافا لمالك (لا) يشترط (تغاير فرعي الشاهدين) بل يكفي الفرعان للاصلين فلوشهد رجلان على شهادة اصل واحد ثم شهد هذان الشاهدان على شهادة اصل آخر في حادثة واحدة تقبل عندنا لقول علي رضي الله تعالى عنه لاتجوز على شهادة رجل الاشهادة رجلين ذكره مطلقا من غير تقييد بالتغاير ولم يروغيره خلافه فحل محل الاجماع خلافا للشافعي بل لابد عنده ان يكون شهود الفرع اربعة لان كل فرعين قاما مقام اصل واحد فصارا كالمرأتين وذكر في الكنز ان شهد رجلان على شهادة شاهدين انتهى وظاهره ان يكون ذلك شرطا فلاتقبل شهادة النساء

على الشهادة كما قاله المقدسي في الحاوي وليس كذلك بل هو شهود وماوقع في الكنز اتفاقي لانه يجوز ان يشهد عليهما رجل وامرأتان لتمام النصاب وكذا لايشترط ان يكون المشهود على شهادته رجلا لان للمرأة ايضا ان تشهد على شهادتها رجلين اورجلا وامرأتين و يشترط ان يشهد على شهادة كل امرأة نصاب الشهادة كما في التبيين وغيره (صفتها) اى الشهادة على الشهادة (ان يقول) الشاهد (الاصل) اى اصل كل من الفر يقين عند التحميل مخاطبا للفرع (اشهد) عند الحاجة امر من الثلاثي فلو اشهد رجلا وهناك رجل يسمعه لم يجزله ان يشهد (على شهادتي) فلو لم يذكره لم يجز خلافا لابي يوسف فانه معلوم كما في المحيط (انى اشهد بكذا) اى بان فلان بن فلان بن فلان اقر عندى له بالف درهم والجملة بدل من المجرور قيد بقوله على شهادتي لانه لو قال اشهد على بذلك لم تجزله الشهادة وقيد بعلى لانه لو قال بشهادتي لم تجزله كما في التبيين قيد بالشهادة على الشهادة لان الشهادة بقضاء القاضي صحيحة وان لم يشهد هما القاضي عليه وذكر في الخلاصة اختلافا بين الامام وابي يوسف فيما اذا سمعاه في غير مجلس القضاء واشار بعدم اشتراط قبوله الى ان سكوت الفرع عند تحمله يكفي لكن لو قال لااقبل ينبغي ان لايصير شاهدا كما في القنية ولا ينبغي ان يشهد الشاهد على شهادة من ليس بعدل عنده (ويقول) الشاهد (الفرع عند الاداء اشهد) على صيغة المتكلم (ان فلانا اشهدني) ماض من الافعال (على شهادته بكذا وقال لى اشهد) امر من الثلاثي (على شهادتي به) اى بكذا لانه لابد من شهادة الفرع وذكر الفرع شهادة الاصل وذكر التحميل ولها لفظ اطول من هذا بان يقول الاصل اشهد بكذا وانا اشهدك على شهادتي فاشهد على شهادتي و يقول الفرع عند القاضي وقت الاداء اشهد ان فلانا يشهد ان لفلان على فلان كذا واشهدني على شهادته وامرني بان اشهد على شهادته انا اشهد على شهادته اواقصر منه بان يقول الاصل اشهد على شهادتي بكذا و يقول الفرع اشهد على شهادة فلان بكذا ذكره محمد في السير الكبير وهو مختار الفقيه ابي جعفر وابي الليث والامام السرخسي وهو اسهل وايسر لكن المص اختار الاوسط لما قالوا خير الامور اوساطها (و يصح تعديل الفرع اصله) وهذا ظاهر الرواية وهو الصحيح كما في البحر لان الفرع ناقل عبارة الاصل الى مجلس القاضي فبالنقل ينتهى حكم النيابة فيصير اجنبيا فيصح تعديله والمراد ان الفروع معروفون بالعدالة عند القاضي فعدلوا الاصول وان لم يعرفهم بها فلابد من تعديلهم وتعديل اصولهم كما في المنح وفيه ايماء الى انه يجب ان يكون الاصل عدلا فلو خرس اوفسق

اوعمى اوارتد لم تقبل شهادة فرعه كما فى الخزانة والى انه لوغاب كذاسنة ولم يعلم بقاؤه على عدالته قبلت شهادة فرعه ان كان الاصل رجلا مشهورا كما فى الذخيرة (و) يصح تعديل (احد الشاهدين) الفرعين الذى هو عدل عند القاضى الفرع (الآخر) الذى لم تعلم عدالته لانه من اهل التزكية وقيل لاتقبل لانه انما يعدل ليصير مقبول الشهادة وهى منفعة لنفسه فيتهم ولا يخفى انه مغن عن السابق وشامل لتعديل الاصل فرعه اذا حضر وقد صحح ذلك كما فى القهستانى (فان سكت) اى الفرع (عنه) اى عن تعديل الاصل (جاز ونظر) اى نظر القاضى (فى حاله) اى حال الاصل كما لوحضر الاصل بنفسه و يسئل عن عدالة الاصل غير الفرع لكون الاصل مستورا (وان ثبتت عدالته تقبل) شهادة فرعه (عند ابى يوسف) وهو المختار لان الواجب على الفرع هو النقل لا التعديل اذ يخفى عليه عدالته (وقال محمد ترد شهادته) لانه لاشهادة الا بالعدالة واذا لم يعرف الفرع عدالة الاصل لايجوز نقله فترد شهادة الفرع على شهادته (وتبطل شهادة الفرع) قبل الحكم (بانكار الاصل الشهادة) اى الاشهاد بان قالوا لم نشهدهم على شهادتنا فماتوا اوغابوا ثم شهد الفروع لم تقبل لان التحمل لم يثبت للتعارض بين الخبرين وتقرر الاصل على شهادته شرط لصحتها بخلاف مالو اشهده على شهادته ثم نهاه عنها لم يصح نهيه كما فى التنوير قيد بالانكار لانه لوسئل فسكت لم يبطل الاشهاد وقيدنا بقبل الحكم لانه لوانكر بعد الحكم لم تبطل لما قال يعقوب باشا فى حاشيته ومراده من بطلان شهادة الفروع عدم قبولها واما الحكم الواقع قبل الانكار فلا يبطل (وان شهدا على شهادة اثنين على فلانة بنت فلان الفلانية) انها اقرت لفلان بكذا (وقالا) اى الفرعان (اخبرانا) اى الاصلان (انهما يعرفانها) اى الفلانة (وجاء المدعى بامرأة) منكرة (لم يدريا) الفرعان (انها) اى هذه الامرأة (هى) اى الفلانة (ام لاقيل له) اى قال القاضى للمدعى قد ثبت لك الحق على فلانة بنت فلان الفلانية وهذا لانهما نقلا كلام الاصول كما تحملا وقولهما لاندرى اهى هذه ام لا يوجب جرحا فى الشهادة لانهما لم يعرفاها فقد عرفها الاصول الا انها غير تامة لكونها عامة اذ عددهم لا يحصى ولذا قال له (هات شاهدين انها هى) لان التعريف بالنسبة قد تحقق بشهادتهما والمدعى يدعى ان تلك النسبة للحاضرة وهى منكرة فلابد من اثبات انها لها (وكذا فى نقل الشهادة) وهو كتاب القاضى الى القاضى لانه فى معنى الشهادة على الشهادة الا ان القاضى لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل وانما صورها فى المرأة مع ان الحكم كذلك فى الرجل لغلبة عدم المعرفة فى المرأة (فان قالا) اى الشاهدان

(فيهمـا) اى فى الشهـادة والنقل فلانة بنت فلان (التميمية لايجوز) قولهما لان مثل هذه النسبة غير تامة فى التعريف لكونها عامة مع كونها فى امرأة (حتى ينسباها الى فخذها) وهى القبيلة الخاصة يعنى عند عدم ذكر الجد وهذا لان التعريف لابد منه فى هذا ولايحصل بالنسبة العامة كالنسبة الى بنى تميم فقط لانهم قبائل كثيرون لايحصى عددهم و يحصل بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة (والتعريف يتم بذكر الجد) اوالفخذ(او بنسبة خاصة) ثم بينهما بقوله (والنسبة الى المصر اوالمحلة الكبيرة عامة والى السكة الصغيرة خاصة) وفى البحر والحاصل ان التعريف بالاشارة الى الحاضر وفى الغائب لابدمن ذكر الاسم والنسب والنسبة الى الاب لاتكفى عندالطرفين ولابد من ذكر الجد خلافا للثانى فان لم ينسب الى الجد ونسبه الى الاب الاعلى كتيمى اونجارى اوالى الحرفة لاالى القبيلة والجد لاتكفى عند الامام وعندهما ان معروفا بالصناعة تكفى وان نسبها الى زوجها تكفى والمق الاعلام وتمامه فيه فليطالع

باب الرجوع عن الشهادة

وجه المناسبة لماقبله وتأخيره عنه ظاهر لان الرجوع عن الشهادة يقتضى سبق وجودها وهو امر مشروع مرغوب فيه ديانة لان فيه خلاصا عن عقاب الكبيرة وترجم بالباب تبعا للكنز مخالفا للهداية اذ ليس له ابواب متعددة وهو وان كان رفعا للشهادة لكنه داخل تحتها كدخول النواقض فى الطهارة قيل ركنه قول الشاهد رجعت عما شهدت به اوشهدت بزور فيما شهدت به اوكذبت فى شهادتى فلو انكرها لم يكن رجوعا وشرطه ان يكون عند القاضى وعن هذا قال (لا يصح الرجوع عنهما) اى عن الشهادة (الا عند قاض) سواء كان القاضى الاول اوغيره لان الشهادة تختص بمجلسه فيختص الرجوع بما تختص به الشهادة وهو مجلس القاضى (فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما) اى رجوع الشاهدين (عندغيره) اى عند غير القاضى (لايحلفان) اى الشاهدان اذا اراد المشهود عليه التحليف (ولايقبل برهانه) اى برهان المشهود عليه (عليه) اى على رجوعهما لانه ادعى رجوعا باطلا (بخلاف مالو ادعى) المشهود عليه (وقوعه) اى وقوع الرجوع (عند قاض آخر) غير الذى كان قضى بالحق (وتضمينه) عطف على قوله وقوعه اى تضمين القاضى المال (اياهما) اى الشاهدين واقام بينة تقبل بينته و يحلفان ان انكرا لان السبب صحيح كما لو اقر عندالقاضى انه رجع

عند غير القاضى فانه صحيح وان اقر برجوع بطل لانه يجعل ان شاء للحال كما فى المنح وفى المحيط ولو ادعى رجوعهما عند القاضى ولم يدع القضاء بالرجوع والضمان لا تسمع منه البينة ولا يحلف عليه لان الرجوع لا يصح ولا يصير موجبا للضمان الا باتصال القضاء (فان رجعا) اى الشاهدان عن الشهادة (قبل الحكم لا يحكم) القاضى بشهادتهما اذ لا قضاء بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لعدم الاتلاف لكن يعزر الشاهد واطلاقه شامل لما لو رجعا عن بعضها كما لو شهدا بدار و بناءها او باتان وولدها ثم رجعا فى البناء والولد لم يحكم بالاصل لان الشاهد فسق نفسه وشهادة الفاسق ترد كما فى جامع الفصولين (وان) رجعا (بعده) اى بعد الحكم (لا ينقض) القاضى حكمه لان الكلام الاول قد تأكد بالقضاء فلا يناقضه الثانى واطلاقه شامل لما اذا كان الشاهد وقت الرجوع مثل ماشهد فى العدالة اودونه اوافضل منه كما فى اكثر المعتبرات لكن فى خزانة المفتين معزيا الى المحيط ان كان الرجوع بعد القضاء ينظر الى حال الراجع ان كان حاله عند الرجوع افضل من حاله وقت الشهادة فى العدالة صح رجوعه فى حق نفسه وفى حق غيره حتى وجب عليه التعزير و ينقض القضاء و يرد المال على المشهود عليه وان كان حاله عند الرجوع مثل حاله عند الشهادة فى العدالة او دونه وجب عليه التعزير ولا ينقض القضاء ولا يرد المشهود به على المشهود عليه ولا يجب الضمان على الشاهد انتهى قال صاحب البحر وهو غير صحيح عند اهل المذهب لمخالفة مانقلوه من وجوب الضمان على الشاهد اذا رجع بعد الحكم وفى هذا التفصيل عدم تضمينه مطلقا مع انه فى نقله مناقض لانه قال اول الباب بالضمان موافقا للمذهب انتهى لكن فى الخلاصة مثل ما فى الخزانة لكنه قال وهذا قول الامام الاول وهو قول استاذه حماد ثم رجع عن هذا القول وقال لا يصح رجوعه فى حق غيره على كل حال حتى لا ينقض القضاء ولا يرد به على المشهود عليه وهو قولهما انتهى فعلى هذا ماقاله صاحب البحر من انه غير صحيح عند اهل المذهب ليس بسديد بل الصواب ان يقول هو مرجوع عنه تأمل (ضمنا) اى الشاهدان الراجعان للمشهود عليه (ما اتلفاه بها) اى بالشهادة لاقرارهما على انفسهما بالضمان وقال الشافعى لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبيب عند وجود المباشرة قلنا تعذر ايجاب الضمان على المباشر وهو القاضى لانه كالملجأ الى القضاء وفى ايجابه صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفاؤه من المدعى لان الحكم ماض فاعتبر التسبيب وانما يضمنان (اذا قبض المدعى مدعاه دينا كان او عينا) لان الاتلاف بالقبض يتحقق ولانه لا مماثلة بين اخذ العين والزام الدين وقد تبع المص الكنز والهداية فى تقييده وهو مختار السرخسى

﴾ وصاحب ﴿

وصاحب المجمع وخالف اصحاب الفتاوى فى اطلاقهم وقد صرح فى الخلاصة والبزازية وغيرهما بالضمان بعد القضاء قبض المدعى المال اولا قالوا وعليه الفتوى وفى الخلاصة انه قول الامام الآخر وهو قولهما انتهى وظاهره ان اشتراط القبض مرجوع عنه كما فى البحر وفرق شيخ الاسلام بين العين والدين فقال ان كان المشهود به عينا فللمشهود عليه ان يضمن الشاهد بعد الرجوع وان لم يقبضها المدعى وان كان دينا فليس له ذلك حتى يقبضه وفى البحر تفصيل عدم انحصار تضمين الشاهد فى رجوعه فليراجع (فان رجع احدهما) اى احد الشاهدين عن شهادته فى دعوى حق بعد القضاء (ضمن) الراجع (نصفا) اذ بشهادة كل منهما يقوم نصف الحجة فببقاء احدهما على الشهادة تبقى الحجة فى النصف فيجب على الراجع ضمان مالم تبق الحجة فيه وهو النصف وعن هذا قال (والعبرة) فى باب الضمان (لمن بقى) من المشهود وعند الائمة الثلاثة العبرة لمن رجع الا فى رواية عنهم (لا لمن رجع) هذا هو الاصل فان بقى اثنان يبقى كل الحق وان بقى واحد يبقى النصف كما مر آنفا ولذا فرع عليه المسائل فقال (فان شهد ثلاثة) رجال بحق (ورجع واحد) عن شهادته (لايضمن) الراجع شيئا لبقاء نصاب الشهادة (فان رجع آخر) بعد رجوع واحد من الثلاثة فعلى هذا ان الفاء فى قوله فان رجع تعقيبية (ضمنا) اى الراجعان (نصفا) من المقبوض لبقاء نصف نصاب الشهادة وهو واحد من ثلاثة فيبقى نصف الحق فان قيل ينبغى ان يضمن الراجع الثانى فقط لان التلف اضيف اليه اجيب بان التلف مضاف الى المجموع الا انه عند رجوع الاول لم يظهر اثره لمانع وهو بقاء الشاهدين فلما زال ذلك المانع برجوع آخر ظهر اثره (وان شهد رجل وامرأتان فرجعت واحدة) منهما (ضمنت) الراجعة (ربعا) بالاجماع لبقاء ثلاثة ارباع الحق ببقاء رجل وامرأة (وان رجعتا) اى المرأتان (ضمنتا نصفا) لبقاء نصف الحق ببقاء الرجل (وان شهد رجل وعشر نسوة فرجع ثمان) منهن (لايضمن) على صيغة الجمع المؤنث الغائبة شيئا لبقاء النصاب وهو رجل وامرأتان من العشر (فان رجعت) امرأة (اخرى) بعد رجوع الثمان من العشر (ضمن) النسوة (التسع ربعا) لبقاء ثلاثة ارباع الحق ببقاء رجل وامرأة كما مر (وان رجع النسوة العشر) دون الرجل (ضمن) صيغة جمع مؤنث غائبة (نصفا) بالاجماع لبقاء نصف الحق ببقاء الرجل قيل ينبغى ان يقول وان رجعت فى المحلين وكذا فى قوله وضمن التسع ينبغى ان يقول وضمنت فنقول يجوز فى مثله لان الله تعالى قال فى قصة يوسف عليه السلام وقال نسوة ووجهه بين فى التفاسير فليطالع (وان رجع الكل)

اى الرجل والنساء (فعلى الرجل سدس) اى سدس الحق (وعليهن) اى على النساء (خمسة اسداس) عند الامام لان كل امرأتين قامت مقام رجل واحد فعشر نسوة كخمسة من الرجال كما لو شهد به ستة رجال ثم رجعوا فان الضمان عليهم يكون اسداسا فعلى الرجل غرم السدس هو حصة اثنتين من العشر و عليهن غرم خمسة اسداس (وعندهما عليه) اى على الرجل نصف (وعليهن) اى على النساء (نصف) لان العشر من النساء يقمن مقام رجل واحد فيكن نصف النصاب كما ان الرجل الواحد يكون نصف النصاب ولهذا لاتقبل شهادتهن الا بانضمام رجل فيكون الغرم على المناصفة وفى التبيين نقلا عن المحيط لو رجع الرجل وثمان نسوة منهن فعلى الرجل نصف الحق ولا شئ على النسوة لانه وان كثرن يقمن مقام رجل واحد وقد بقى من النساء من ثبت بشهادتهن نصف الحق فيجعل الراجعات كانهن لم يشهدن ثم قال وهذا سهوا بل يجب ان يكون النصف اخماسا عنده وعندهما انصافا وذكر الاسبيجابى لو رجع واحد وامرأة كان النصف بينهما اثلاثا ولو كان كما قال لم يجب عليها شئ انتهى لكن ذكر الاسبيجابى عقيب هذه المسئلة اختلافا لانه قال لو شهد رجل وثلاث نسوة فقضى به ثم رجع رجل وامرأة ضمن الرجل نصف المال ولم تضمن المرأة شيئا فى قولهما وفى قياس قول الامام نصف المال اثلاثا ثلثاه على الرجل وثلثه على المرأة انتهى فعلى هذا ظهر ان صاحب المحيط اختار قولهما فلا سهو تدبر (وان شهد رجلان وامرأة ورجعوا فالغرم على الرجلين خاصة) لان الواحدة ليست بشهادة بل هى بعض الشاهد فلا يضاف اليه الحكم (ولا يضمن راجع شهد بنكاح بمهر مسمى عليها) اى على المرأة (او عليه) اى على الزوج الاصل ان المشهود به ان لم يكن مالا بان كان قصاصا او نكاحا او نحوهما لم يضمن الشهود عندنا خلافا للشافعى وان مالا فان كان الاتلاف بعوض يعادله فلا ضمان على الشاهد لان الاتلاف بعوض كلا اتلاف وان كان بعوض لايعادله فبقدر العوض لاضمان بل فيما وراءه وان كان الاتلاف بلاعوض اصلا وجب ضمان الكل اذا تقرر هذا فنقول ادعى رجل على امرأة نكاحا وهى جاحدة واقام على ذلك بينة فقضى بالنكاح ثم رجعا عن شهادتهما لم يضمنالها شيئا سواء كان المسمى مقدار مهر مثلها او اقل لانهما وان اتلفا البضع عليها بعوض لايعدله لكن البضع لايتقوم على المتلف وانما يتقوم على المتملك ضرورة التملك فان ضمان الاتلاف يقدر بالمثل ولا مماثلة بين البضع والمال واما عند دخوله فى ملك الزوج فقد صار متقوما اظهار الخطره كما فى الدرر (الا ما زاد على مهر المثل) يعنى ان كان

مهر مثلها مثل المسمى او اكثر لم يضمنا شيئا لانهما اوجبا المهر عليه بعوض يعدله او يزيد عليه وهو البضع لانه عند الدخول فى ملك الزوج متقوم وقد بينا ان الاتلاف بعوض يعدله لا يوجب الضمان وان كان مهر مثلها اقل من المسمى ضمنا الزيادة للزوج لانهما اتلفا قدر الزيادة بلا عوض وكذا لو شهدا عليها بقبض المهر او بعضه ثم رجعا بعد القضاء ضمنا لها (ولا) يضمن (من شهد بطلاق بعد الدخول) لان المهر تأكد بالدخول فلا اتلاف (ويضمن) فى الطلاق (قبل الدخول نصف المهر) ان كان مسمى او المتعة ان لم يكن مسمى لانهما اكدا ضمانا على شرف السقوط الا ترى انها لو طاوعت ابن الزوج او ارتدت سقط المهر ولان الفرقة قبل الدخول فى معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة وكان واجبا بشهادتهما كما فى الهداية والتعليل الاول للمتقدمين والثانى للمتأخرين وفى البحر تفصيل فليراجع وفى التنوير ولو شهدا انه طلقها ثلثا وآخر ان انه طلقها واحدة قبل الدخول ثم رجعوا فضمان نصف المهر على شهود الثلاثة لا غير ولو كان ذلك بعد وطئ او خلوة فلا ضمان على احد (وفى البيع) يضمن (ما نقص عن قيمة المبيع) وفى المنح ولو شهدا على البايع به بمثل القيمة او اكثر فلا ضمان لانه اتلاف بعوض وان شهدا باقل من قيمته ضمنا النقصان لانه بغير عوض ولو شهدا على المشترى فلا ضمان لو شهدا بشرائه بمثل القيمة او اقل وان كان باكثر ضمنا مازاد عليها كذا صرحوا فعلى هذا لو قال ولا فى البيع الا ما نقص من قيمة المبيع ان ادعى المشترى ولا فى البيع الا ما زاد على القيمة من الثمن ان ادعى البايع كما فى الغرر لكان اظهر واولى تدبر وفى التنوير ولو شهدا على البايع بالبيع بالفين الى سنة وقيمته الف فان شاء ضمن الشهود قيمته حالا وان شاء اخذ المشترى الى سنة وايا ما اختار برئ الآخر (وفى العتق) يضمن (القيمة) يعنى اذا شهدا على عتق عبد ثم رجعا ضمنا قيمة العبد مطلقا اى سواء كانا موسرين او معسرين لاتلافهما مالية العبد عليه من غير عوض ولا يتحول الولاء اليهما بالضمان لان العتق لا يحتمل الفسخ فلا يتحول بالضرورة اذ الولاء لمن اعتق اطلق العتق فانصرف الى العتق بلا مال فلو شهدا انه اعتق عبده على خمسمائة وقيمته الف فقضى ثم رجعا ان شاء ضمن الشاهدين الالف ورجعا على العبد بخمسمائة وولاء العبد للمولى كما فى البحر وفى التنوير وفى التدبير ضمنا مانقصه وفى الكتابة يضمنان قيمته ولا يعتق حتى يؤدى ما عليه اليهما وما فى الفتح من ان الولاء للذين شهدوا عليه بالكتابة سهو والصواب للذى كاتبه كما فى البحر وفى الاستيلاد يضمنان نقصان قيمة الامة فان المولى عتقت وضمن

الشـاهد ان قيمتهـا للورثة (وفى القصـاص) يضمن (الدية فقط) يعنى اذا شهدا ان زيدا قتل بكرا فاقتص زيد ثم رجعا تجب الدية عندنا لا القصاص لان القتـل وجد باختيـار الولى لانه ليس بمضطر فيـه لاقتداره على العفو ايضـا ولم يكونا سـببا بالقتل فلرايحة السببية وقعت الشـبهة وهى مانعة عن القود لاعن الدية لان المال يثبت مع الشـبهة بخلاف المكره لانه مباشر فيـه فيكون سببا يضـاف اليه القتل فيتقص وعند الشـافعى يقتصان لوجود القتل تسـببيا كالمكره (ويضمن الفرع ان رجع) اى يضمن شهود الفرع بالرجوع عن شهادتهم لان الشهادة فى مجلس القضـاء صدرت منهم وكان التلف مضـافا اليهم (لا الاصـل ان قال الاصل ما اشـهدته) اى الفرع (على شهـادتى) اى لا يضمن شهود الاصل بعد الحكم بقولهم لم نشهد الفروع على شـهادتنا بالاجـاع لان الحكم لم يضف اليهم بل الى الفرع ولا يبطل القضاء بعد الحكم للتعارض بين الخبرين فصار كرجوع الشاهد (ولو قال) الاصل (اشهدته) اى الفرع (وغلطت ضمن عند محمد) لان الفروع نقلوا شـهـادة الاصل فكأن الاصل حضر وشهد عند مجلس القاضى ثم رجع (لا) يضمن (عندهما) لان الحكم لم يقع بشـهادة الاصل بل بشـهادة الفرع وقوله غلطت اتفـاق اذ لو قال رجعت عنهـا فلا ضمان ايضا عندهما (وان رجع الاصل والفرع) جميعا بعد الحكم (ضمن الفرع فقط) عند الشيخين لان الاتلاف يحصـل بعد القضاء والقضاء بشهادة الفرع فيضـاف التلف اليه بعد رجوعه والضمان على المتلف (وعند محمد يضمن المشهود عليه اى الفريقين) من الاصل والفرع (شاء) اى ان المشهود عليه مخير بين تضمين الفرع والاصل عنده لان القضاء وقع بشهادة الفرع من وجه و بشـهادة الاصل من وجه فيخير بينهما والجهتان متغايرتان ولا يجمع بينهم فى التضمين (وقول الفرع كذب) فعل ماض (اصلى او غلـط ليس بشئ) يعنى بعد الحكم بشهـادتهم لان ما امضى من القضـاء لا ينقض بقولهم ولا يجب الضمان عليهم لانهم مارجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع (وان رجـع المزكى عن التزكـية ضمن) اى ضمن المزكى بالرجوع عن تزكـية الشـاهد بعد ان زكاه عنـد الامام لان قبول الشهادة عند القـاضى بالتزكية يكون علة لعلة معنى فيضاف الحكم الى علة العلة (خلافا لهمـا) فان عندهمـا لا ضمان على المزكين لانهم اثنوا على الشهود فصار واكشهود الاحصان والخلاف فيما اذا قالوا تعمدنا او علمنـا ان الشهود عبيد ومع ذلك زكيناهم اما اذا قال المزكى اخطأت فيها فلا ضمان اجماعا كما فى البحر وغيره فعلى هذا لو قيد مع علمه بكونهم عبيدا لكان اولى

وقيل الخلاف فيما اذا اخبر المزكون بالحرية بان قالوا انهم احرار اما اذاقالوا هم عدول فبانوا عبيدا لايضمنون اجماعا لان العبد قد يكون عدلا (و يضمن شاهدالاحصان برجوعه) لانه شرط محض فلا يضاف الحكم اليه (ولو رجع شاهداليمين وشاهدالشرط ضمن شاهداليمين خاصة) يعني اذا شهدا انه علق عتق عبده بشرط وشهدالآخران ان الشرط الذى علق به العتق وجد فحكم الحاكم به ثم رجع جميعهم يضمن شهوداليمين قيمة العبد لانهم اثبتوا العلة وهوقوله انت حر ولايضمن شهودالشرط لان الشرط كان مانعا وهم اثبتوا زوال المانع والحكم يضاف الى العلة لاالى زوال المانع (ولو رجع شاهدالشرط وحده اختلف المشايخ) قال بعضهم يضمن شاهد الشرط والصحيح ان شهودالشرط لايضمنون بحال نص عليه فى الزيادات واليه مال شمس الائمة السرخسي والى الاول مال فخرالاسلام على البزدوى كما فى التبيين وغيره (ومن علم انه شهد زورا) بان اقر على نفسه انه شهدزورا اوشهد بقتل رجل اوموته فجاء حيا اوشهد برؤية الهلال فضى ثلاثون يوما وليست بالسماء علة ولم ير الهلال (يشهر فقط ولايعزر) عندالامام وعليه الفتوى كما فى السراجية (وعندهما يوجع ضربا و يحبس) وفى الكافى اعلم ان شاهدالزور يعزر اجماعا اتصل القضاء بشهادته اولا لانه ارتكب كبيرة اتصل ضررها بمسلم الا انهم اختلفوا فى كيفية تعزيره فقال الامام تعزيره تشهيره فقط وقالا يضرب و يحبس وهو قول الشافعي لان عمر رضى الله عنه ضرب شاهدالزور اربعين سوطا وسخم وجهه وله ان شريح القاضى فى زمن عمر وعلى رضى الله عنهم كان يشهر بان يبعثه الى سوقه اوالى قومه لافشاء قباحته وهذا التشهير لايخفى على الصحابة رضوان الله عليهم ولم ينكر عليه احد منهم فحل محل الاجماع وكان هذا من الامام احتجاجا باجماع الصحابة لاتقليدا لشريح لانه لايرى تقليدالتابعي وحديث عمر رضى الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى الاربعين والتسخيم

كتاب الوكالة

مناسبتها للشهادة من حيث ان الانسان يحتاج فى معاشه الى التعاضد والشهادة منه فكذا الوكالة وهى لغة بفتح الواو وكسرها اسم للتوكيل من وكله بكذا اذا فوض اليه الامر فيكون الوكيل بمعنى المفعول لانه موكول اليه الامر وقيل هى الحفظ ومنه الوكيل فى اسماء الله تعالى فيكون بمعنى فاعل والتوكيل صحيح بالكتاب والسنة والاجماع وشرعا (هى) اى الوكالة (اقامة الغير

مقــام نفســه في التصرف) والمراد بالتصرف ان يكون معلوما لانه اذا لم يكن معلوما ثبت ادنى التصرفات وهو الحفظ فيما اذا قال وكلتك بمالى فلو قال فى تصرف جائز معلوم لكان اولى لان التصرف مطلقا يشمل الجائز والمعلوم وغيرهما كما فى المنح لكن يمكن ان يجاب عنه بان اللام للعهد فلا حاجة الى زيادة تدبر (وشرطهــا) اى الوكالة (كون الموكل) اسم فاعل (ممن يملك التصرف) لان الوكيل يستفيد ولاية التصرف من الموكل فلابد للمفيد من ان يملكه و يقدره قيل هذا على قولهما واما على قوله فالشرط ان يكون التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل فكون الموكل مالكا لذلك التصرف الذى وكل به الوكيل ليس بشرط اذ يجوز توكيل المسلم ذميا ببيع الخمر والخنزير عنده مع ان المسلم لايملك هذا التصرف بنفسه انتهى لكن الشرط ان يكون الموكل مالكا للتصرف نظرا الى اصل التصرف وقادرا عليه وان امتنع فى بعض الاشياء بعارض النهى فلا يلزم ماقيل تدبر (و) شرطهــا ايضا كون (الوكيل) ممن (يعقد العقد) ويعرف ان البيع سالب للمبيع وجالب للثمن والشراء على عكسه و يعرف الغبن الفاحش واليسير كما فى اكثر المعتبرات وقال يعقوب باشا وهو مشكل لانهم اتفقوا على ان توكيل العاقل صحيح وفرق الغبن اليسير من الفاحش مما لايطلع عليه احد الابعد الاشتغال بعلم الفقه فلاوجه لاشتراطه فى صحة التوكيل انتهى لكن المراد من الصبى العاقل هو المميز مطلقا فلا يرد تدبر (و يقصده) اى يقصد الوكيل ثبوت حكم العقد وحصول الربح حتى لو تصرف فى البيع بطريق الهزل فلا يقع عن الموكل كما فى اكثر الكتب لكن ليس فيما نحن فيه لان الكلام فى صحة الوكالة لافى صحة بيع الوكيل وعدمه وعدم وقوعه عن الموكل ولذا تركه فى الكنز الا ان يقال ان قوله يقصده تأكيد لقوله يعقل والعطف عطف تفسير لانه بالقصد يعلم كمال العقل تدبر وفيه رمز الى ان المعتوه يصلح ان يكون وكيلا لانه يعقله و يقصده وان لم يرجح المصلحة على المفسدة والى ان علم الوكيل بالوكالة لم يشترط خلافا لمحمد فلو وكل ببيع عبده وطلاق امرأته ففعل الوكيل قبل العلم جاز خلافا له كما فى القهستانى نقلا عن المحيط ثم فرعه بقوله (فيصح توكيل الحر البالغ) ينبغى ان يقيد بالعاقل ليحترز عن المجنون لما فى التنوير فلا يصح توكيل مجنون وصبى لايعقل مطلقا وصبى يعقل بنحو طلاق وعتاق وهبة وصدقة من التصرفات الضارة وصح توكيله بما ينفعه بلا اذن وليه كقبول الهبة و بما تردد بين ضرر ونفع كبيع واجارة ان مأذونا والاتوقف على اجازة وليه (او المأذون) والمراد بالمأذون الصبى العاقل الذى اذن له الولى والعبد الذى اذن له المولى اى يصح توكيل كل

منهما (حرا) مفعول توكيل (بالغا اومأذونا)لان الموكل مالك للتصرف والوكيل اهل له (او)توكيلهما (صبيا عاقلا اوعبدا محجورين) قيد للصبي والعبد لان الصبي اهل للعبارة حتى ينفذ تصرفه باذن الولي فكذا العبد حتى يصح طلاقه واقراره في الحدود والقصاص ولكن لا يرجع حقوق العقد اليهما بل الى موكلهما اذلايصح منهما التزام العهدة فالصبي لقصور الاهلية والعبد لحق المولى بخلاف المأذونين بحيث تلزمهما العهدة استحسانا وفي الشمني وعن ابي يوسف ان المشترى اذالم يعلم بحال البايع ثم علم انه صبي محجور اوعبد محجورله خيار الفسخ وان كانا مأذونين لزمهما الثمن ورجعا به على الآمر استحسانا (بكل ما) موصوفة اولى من الموصولة والطرف للتوكيل اى صح التوكيل لكل عقد (يعقده هو) اى الموكل (بنفسه) اى مستبدا بنفسه او بولاية نفسه عن الغير كالبيع والهبة والصدقة والوديعة وغيرها لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه فيحتاج الى توكيل غيره فلابد من جوازه دفعا لحاجته وفي القهستاني ولايشكل بتوكيل المسلم اوالذمي ذميا اومسلما ببيع الخمر اوشرائها وبالتوكيل ببيع المسلم والاستقراض كماظن فان الكفالة كافية للاولين والثالث مستثنى بقرينة الآتي والرابع مختلف فيه انتهى ويمكن دفعه بوجه آخر كما بين آنفا (و) صح التوكيل (بايفاء كل حق وباستيفائه)لان الموكل قد لايهتدى الى طريق الايفاء والاستيفاء فيحتاج الى التوكيل بالضرورة والمراد بالايفاء دفع ماعليه وبالاستيفاء القبض (الا في حد كقذف اوكسرقة (وقود) اى لايصح التوكيل باستيفائهما (مع غيبة الموكل) عن المجلس كما اذاقال الموكل وجب لي على فلان حد اوقصاص في النفس اوالطرف فوكلتك ان تطلبه منه فقبل فان استيفاءهما بدون حضور الموكل باطل لسقوطهما بالشبهة وعند حضوره يجوز اجماعا وانما قلنا لايصح التوكيل باستيفائهما لانه صح التوكيل باثباتهما وقال ابو يوسف لايجوز التوكيل باثباتهما وقول محمد مضطرب والاظهر انه مع الامام في نفس التوكيل وكذا الخلاف في التوكيل بالجواب من جانب من له الحد والقصاص وفي شرح الطحاوي صح التوكيل باستيفاء التعزير وعند الائمة الثلاثة يصح في القود وان غاب الموكل الا في رواية عن احمد وقول من الشافعي (و) يصح التوكيل (بالخصومة في كل حق) لان كل احد لايهتدى الى وجوه الخصومات فيحتاج الى التوكيل بالضرورة (بشرط رضى الخصم) فلو رضي قبل سماع الحاكم الدعوى ثم رجع جاز رجوعه وان بعده لا وفي العناية اختلف الفقهاء في جواز التوكيل بالخصومة بدون رضى الخصم قال الامام لايجوز التوكيل بالخصومة

الا برضى الخصم سواء كان الموكل هو المدعى او المدعى عليه وقالا يجوز بغير رضى الخصم وهو قول الشافعى لكن فى الهداية والظهيرية وغيرهما لاخلاف فى الجواز انما الخلاف فى اللزوم وهو الصحيح وعن هذا قال (للزومها) فعند الامام لايلزم التوكيل بلا رضى الخصم فترتد الوكالة برد الخصم (الا ان يكون الموكل مريضا لايمكنه) مع وجود المرض (حضور مجلس الحاكم) وكذا لايحسن الدعوى (اوغائبا مسافة سفر) اى مدة ثلاثة ايام فصاعدا اومريدا للسفر يعنى اذا قال انا اريد السفر يلزم منه التوكيل بلا رضى الخصم طالبا كان الموكل اومطلوبا فلا ترتد برد الخصم لانه لولم يلزم يلحقه الحرج بالانقطاع عن مصالحه لكن لايصدق بمجرد قوله بل ينظر القاضى فى حاله وعدة ايام سفره او يسئل عن رفقائه (او) يكون الموكل امرأة (مخدرة غير معتادة الخروج الى مجلس الحاكم) سواء كانت بكرا او ثيبا وعليه الفتوى كما فى الحقايق لانها لو حضرت لايمكنها ان تنطق بحقها لحيائها فلزم توكيلها ولو اختلفا فى كونها مخدرة ان كانت المرأة من بنات الاشراف فالقول لها بكرا كانت اوثيبا لانه الظاهر من حالها وان كانت من الاوساط فالقول لها لو كانت بكرا وان كانت من الاسافل فلاسواء كانت بكرا اوثيبا لان الظاهر غير شاهد لها كما فى المنح ومن الاعذار الحيض اذا كان الحكم فى المسجد والحبس اذا كان من غير القاضى ترافعوا اليه كما فى التبيين وفى المنح وهو مقيد بما اذا كان الطالب لايرضى بالتأخير واما اذا رضى به فلايكون عذرا واما حيض الطالب فهو عذر مطلقا والنفاس كالحيض انتهى وفيه كلام فانه يجوز للقاضى ان يخرج من المسجد ويسمع الخصومة او يرسل اليها نائبا ليرفع الخصومة كما قررناه فى كتاب القضاء فلاوجه لعده من الاعذار ويلزم منه ايضا ان يعد الجنابة والكفر من الاعذار مع انهم لم يذكروهما منها تأمل (وعندهما) وهو قول الائمة الثلاثة (لايشترط رضى الخصم) فيلزم بلا رضاه مطلقا لان التوكيل تصرف فى خالص حقه فلايتوقف على رضاء غيره كالتوكيل بقضاء الديون وله ان التوكيل قد يكون اشد خصومة وآكد انكارا فيتضرر به خصمه فلايجوز بغير رضاه كالحوالة بالدين بخلاف الوكيل بالقبض فانه لايختلف والمختار للفتوى ان القاضى ان علم من الوكيل قصد الاضرار بخصمه يعمل بقول الامام وان علم من خصم الموكل التعنت فى الاباء من قبول التوكيل يعمل بقول صاحبيه وهو اختيار شمس الائمة السرخسى كما فى الدرر وغيره (وحقوق عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كبيع) فانه يقول بعت هذا الشئ منك ولايقول بعته منك من قبل فلان وكذا غيره (واجارة) واستيجار (وصلح عن اقرار) دون انكار كما سيأتى (تتعلق به) اى بالوكيل دون

الموكل بلا فرق بين كون موكله حاضرا اوغائبـا لانه اصل فى العقد لانه قوم بكلامه ونائب عن الموكل فى حق الحكم فراعينا جهة اصالته فى تعلق الحقوق حتى لو شرط عدم حقوق العقد بالوكيل فهو لغو خلافا للشـافعى فانه قال تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف وهو الملك وهو يتعلق بالموكل فكذا توابعه واعتبره بالرسـول و بالوكيل بالنكاح (ان لم يكن) الوكيل صبيا او عبدا (محجورا) اشـارة الى ان العبد المأذون والصبى المأذون تتعلق بهما الحقوق وتلزمهما العهدة مطلقا وليس كذلك بل فيـه تفصيل لما فى شرح المجمع نقلا عن الذخيرة المأذون له ان كان وكيلا بالبيع تلزمه الحقوق سواء باعه حالا او مؤجلا وان كان وكيلا بالشراء فان كان بثمن حال لزمته ايضـا لانه يملك ما اشتراه حكما ولهذا يحبسه بالثمن ليستوفيه من الموكل وان كان بثمن مؤجل تلزمه الحقوق لانه لم يملك ما اشتراه لا حقيقة ولا حكما ولو لزمته العهدة لكان ملتزما مالا فى ذمته مستوجبا مثله على موكله وهو فى معنى الكفالة فانه لا يصح منه انتهى ثم اشـار الى تفصيـيل الحقوق فقـال (فيسلم) الوكيل (المبيع) الى المشترى فى الوكالة بالبيع (ويتسلمه) اى يقبض المبيع عن البـايع فى الوكالة بالشراء (و يقبض الثمن) اى ثمن مبيعه فى البيع (و يطالب) بفتح اللام (به) اى بالثمن فى الوكالة بالشراء فاشـترى (و يرجع) على صيغة المبنى للمفعول (به) اى بالثمن (عند الاستحقاق) اى استحقاق ما باع (و يخاصم) على صيغة المبنى للفاعل (فى عيب مشريه و يرده) الى بايعه (به) اى بالعيب فان ذلك كله من حقوق العقد فيتعلق بالوكيـل (ان لم يسلمه الى موكله و بعد تسليمه لا يرده الا باذنه) اى باذن الموكل (و يخاصم) على صيغة المبنى للمفعول (فى عيب مبيعه و) يخاصم (فى شفعته) اى فى شفعة ما باع (وان كان) المبيع (فى يده) بخلاف ما اذا سلم المبيع الى المشترى فان الوكيل لا يخاصم فى الشفعة (وكذا شفعة مشريه) يعنى يخاصم الوكيل فى شفعة ما اشترى بالوكالة مادام فى يده (والملك يثبت للموكل ابتداء) اذا اشترى الوكيل لان الموكل يخلف عن الوكيل فى حق الملك كان الرق ينهب و يصطاد اذ المولى يخلف عن العبـد فى ثبوت الملك اليـه ابتداء وهو الصحيح كما فى الهداية وقيل يثبت الملك للوكيـل فينتقل الى الموكل بلا مهلة ثم فرعه بقوله (فلا يعتق قريب وكيل شراء) ولا يفسد نكاح منكوحة شراها لان الملك لم يلزم الموكل فعلى القولين لا يملك الوكيل قريبه ومنكوحته لعدم تقرر ملكه لان العتق وفسـاد النكاح يقتضيان تقرر الملك كما فى اكثر المعتبرات لكن لم يظهر لهذا التفريع اثر الخلاف لان القريب لا يعتق بالاتفاق فالاولى ان يفرع عليه ما ظهر فيـه اثر الخلاف تدبر (وحقوق عقد يضيفه

الوكيل الى موكله) مراده انه لايستغني عن الاضافة الى موكله حتى لو اضافه الى نفسه لايصح والمراد من قرينه السابق انه يصح اضافته الى نفسه و يستغنى عن اضافته الى الموكل لانه شرط ولهذا لو اضاف الوكيل بالشراء الشراء الى موكله صح بالاجماع فلفظ الاضافة واحدة والمراد مختلف كما فى الاصلاح (تتعلق بالموكل كنكاح وخلع) لان الوكيل فيهما سفير اى حاك حكاية غيره فلايلزم عليه شئ حتى لو اضاف النكاح الى نفسه بان قال تزوجتها يقع للوكيل (وصلح عن انكار) لانه فداء يمين للموكل فلابد من الاضافة اليه لما فى الاصلاح هذا الصلح لايصح اضافته الى الوكيل بل لابد من اضافته الى الموكل بخلاف الصلح عن اقرار فانه يصح اضافته الى كل منهما وقد عرفت اختلاف المراد من الاضافة فى الموضعين فافترق الصلحان فى الاضافة انتهى فعلى هذا فقول صدر الشريعة واما الصلح فلا فرق فيه بين ان يكون عن اقرار وانكار فى الاضافة محل نظر كما فى حاشيته ليعقوب باشا والدرر تتبع (و) صلح عن (دم عمد) لانه اسقاط محض والوكيل اجنبي سفير (وكتابة وعتق على مال وهبة وصدقة واعارة وايداع ورهن واقراض) ولم يذكر الاستقراض لما مر انه لايصح التوكيل به وعليه الفتوى (وشركة ومضاربة) فان الوكيل يضيف هذه العقود الى موكله فى عرف اهل المعاملة فتتعلق حقوق العقود فيها الى الموكل دون الوكيل ثم فرع على هذا الاصل بقوله (فلايطالب بفتح اللام (وكيل الزوج بالمهر) من قبل الزوجة (ولا) يطلب من قبل الزوج (وكيل المرأة بتسليمها) اى تسليم المرأة الى الزوج اذ يلزم سقوط مالكيتها بعقد النكاح والساقط يتلاشى مع انها خلقت محلا للنكاح فلا يخ عن المالكية لنفسها (ولا) يطالب وكيل الخلع (ببدل الخلع) لما مر انه سفير فيه (وللمشترى منع الثمن عن الموكل) يعنى اذا وكل رجلا ببيع شئ فباعه ثم ان الموكل طلب من المشترى الثمن له منعه لان الموكل اجنبي عن العقد والوكيل اصل فى الحقوق ولذا له ان يوكل الاخر بهذه الحقوق وان لم يكن له حق التوكيل والمراد من الموكل موكل وكيل ببيع ليس عبدا اوصبيا محجورين لما مر وفى البحر ولو كان الموكل دفع الثمن الى الوكيل فاستهلكه وهو معسر كان للبايع حبس المبيع ولامطالبة له على الموكل فان لم ينقد الموكل الثمن الى البايع باع القاضي الجارية بالثمن اذا رضيا والافلا (فان دفعه) اى ان دفع المشترى (اليه) اى الى الموكل (صح) دفعه ولو مع نهى الوكيل لانه ملكه لافى الصرف الااذا كان الموكل حاضرا عند عقد الصرف فالعقد ينصرف اليه بحضوره (ولا يطالبه الوكيل ثانيا لان نفس الثمن المقبوض حق الموكل وقد وصل

اليه ولافائدة فى الاخذمنه ثم الدفع اليه وانما ذكر قوله وللمشترى الى هنا فى هذا المحل مع ان المناسب ان يذكر من تفريعات القسم الاول توطئة لما بعده (وان كان للمشترى على الموكل دين وقعت المقاصة به) اى بثمن المبيع الذى باعه الوكيل للموكل بمجرالعقد لوصول الحق اليه بطريق التقاص وهذا حيلة للوصول الى دين لايوصل اليه (وكذا) تقع المقاصة به (ان كان له) اى للمشترى (على الوكيل دين) عند الطرفين لكونه يملك الابراء عنه عندهما (خلافا لابى يوسف) لان عنده لايجوز الابراء ولاتقع المقاصة (و) لكنه (يضمنه الوكيل للموكل) فى فصل المقاصة عندهما كما يضمنه فى فصل الابراء (وان كان دينه) اى دين المشترى (عليهما) اى على الموكل والوكيل (فالمقاصة بدين الموكل دون الوكيل) لان المبيع ملك الموكل لاغير

باب الوكالة بالشراء والبيع

افردهما بباب على حدة لكثرة الاحتياج اليهما وقدم الشراء لانه ينبئ عن اثبات الملك والبيع ينبئ عن ازالته والازالة بعد الاثبات (لايصح التوكيل بشراء شي يشمل اجناسا كالرقيق والثوب والدابة) للجهالة الفاحشة فان الدابة اسم لما يدب على وجه الارض لغة وعرفا للخيل والبغل والحمار فقدجمع اجناسا وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء ولهذا لاتصح تسميته مهرا وكذا الرقيق لانه شامل للذكر والانثى المختلفين فى بنى آدم واذا اشترى الوكيل وقع الشراء له كما فى النهاية (او) بشراء شيء يشمل (ماهو كالاجناس كالدار وان) وصلية (بين الثمن) لانه يتعذر الامتثال لامر الموكل لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس ولايدرى مراد الآمر لتفاحش الجهالة والمراد هنا بالجنس مايشمل اصنافا و بالنوع الصنف لاما اصطلح عليه اهل المنطق (فان سمى نوع ثوب كالهروى) مثلا (جاز وكذا ان سمى نوع الدابة كالفرس والبغل) جاز سواء سمى ثمنا اولا بالاجماع (و بين ثمن الدار والمحلة) يعنى ان وكل بشراء دار و بين ثمنها ومحلتها جاز واختلفوا فى هذا المحل وقدجعل صاحب الكنز الدار كالعبد موافقا لقاضيخان لكن شرط مع بيان الثمن بيان المحلة وجعلها صاحب الهداية كالثوب فقال وكذا الدار تشمل ماهو فى معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فتعذرالامتثال وان سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز معناه نوعه انتهى وفى الاصلاح والدار ملحقة بالجنس من وجه لانها مختلفة لقلة المرافق وكثرتها فان بين الثمن الحقت بجهالة النوع وان لم يبين

الحقت بجهالة الجنس والمتأخرون قالوا فى ديارنا لايجوز بدون بيان المحلة لانها تختلف باختلافها قال فى البحر وفى المعراج ان مافى الهداية مخالف لرواية المبسوط قال والمتأخرون من مشايخنا قالوا فى ديارنا لايجوز الابيان المحال انتهى وبه يحصل التوفيق فيحمل مافى الهداية على مااذا كانت تختلف فى تلك الديار اختلافا فاحشا وكلام غيره على مااذا كانت لاتتفاحش انتهى والمص اختار قول المتأخرين فى الدار ولهذا عطف بالواو فقال او بين ثمن الدار والمحلة والحاصل ان جهالة الدار جهالة الجنس عند المتأخرين وجهالة النوع عند المتقدمين فليحمل عبارة كل من الكنز والهداية على كل من المذهبين تتبع (او بين جنس الرقيق كالعبد ونوعه كالتركى) يعنى اذا وكل بشراء عبد تركى مثلا يصح لان العبد معلوم الجنس من وجه لكن من حيث منفعة الجمال كأنه اجناس مختلفة فان بين نوعه كالتركى يصح التوكيل (او بين ثمنا يعين نوعا) اى نوع العبد بالقلة والكثرة يصح لان ذكر الثمن كذكر النوع فى تقليل هذه الجهالة وان لم يبين شيئا منهما لم يصح التوكيل ويلحق بجهالة الجنس لامتناع الامتثال لكن الاحسن ترك الصفة وهو قوله يعين نوعا لان النوع صار معلوما بمجرد تقدير الثمن كما فى الهداية وفيه اشارة الى انه لو كان معلوم الجنس من وجه كالشاة والبقر يصح وان لم يذكر الثمن والى ان جهالة وصف غير مانعة كما فى القهستانى واطلاقه شامل لما اذا كان ذلك الثمن نوعا اولا وبه اندفع مافى الجوهرة حيث قال وهذا اذا لم يوجد لهذا الثمن من كل نوع اما اذا وجد فلا يجوز عند بعض المشايخ كما فى المنح (اوعمم فقال ابتع لى) اى اشترلى (مارأيت) وفى الفرائد وفى عطف قوله اوعمم صعوبة لانه لايناسب كونه معطوفا على قوله او بين جنس الرقيق ولا كونه معطوفا على قوله فان سمى نوع الثوب جاز وفصله ثم قال لو بينه بطريق الاستثناء بان يقول الا ان يعمم لكان اسلم واظهر ويدل على ماذكرناه قول صاحب الهداية ومن وكل رجلا بشراء شئ فلابد من تسمية جنسه وصفته اوجنسه ومبلغ ثمنه ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الايتمار الا ان يوكل وكالة عامة فيقول ابتع لى مارأيت لانه فوض الامر الى رأيه فاى شئ يشتريه يكون ممتثلا انتهى لكن يمكن ان يكون معطوفا على مايفهم من الكلام السابق وهو قوله فان سمى الى هنا اى ان خصص جاز عند البيان اوعمم جاز وان لم يبين اوان يكون او بمعنى الا كقولهم لالزمنك اوتعطينى حقى اى الا ان تعطينى حقى (ولو وكله بشراء الطعام فهو) يقع (على البر ودقيقه) يعنى دفع الى آخر دراهم وقال اشترلى طعاما يشترى البر ودقيقه والقياس ان يشترى كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما فى اليمين على الاكل اذ الطعام اسم يعم

المطعوم وجه الاستحسان ان الطعام اذا قرن بالبيع والشراء يحمل على ماذكر عرفا ولاعرف للاكل فيبقى على الوضع وفي العناية هذا في عرف اهل الكوفة فان سوق الحنطة ودقيقها عندهم يسمى سوق الطعام اما في عرف غيرهم فينصرف الى كل مطعوم وبه قالت الائمة الثلاثة وقال بعض المشايخ الطعام في عرفنا ينصرف الى ما يمكن اكله يعني المعتاد للاكل كاللحم المطبوخ والمشوى اى ما يمكن اكله من غير ادام دون الحنطة والخبز وقال الصدر الشهيد وعليه الفتوى كما في الذخيرة وانما قلنا دفع الى آخر لانه لو امر بلا دفع له لا يصح التوكيل كما في القهستاني واطلقه فشمل ما اذا كثرت الدراهم او قلت (وقيل) يقع على البر في كثير الدراهم و) يقع (على الخبز في قليلها و) يقع (على الدقيق في وسطها) قيل القليل مثل درهم الى ثلاثة والمتوسط مثل اربعة الى خمسة او سبعة فالسبعة على هذا لم يكن من الكثير كما في القهستاني (وفي متخذ الوليمة) اى طعام العرس والمتخذ بالفتح اسم زمان يقع (على الخبز بكل حال) سواء كثرت الدراهم او توسطت او قلت لان مدار الامر في الكل العرف (وصح التوكيل بشراء عين) اى شيء معين (بدين له) اى للموكل (على الوكيل) يعني لو قال رب الدين للمديون اشترلي هذا العبد مثلا بالف لي عليك فاشتراه يكون ملكا للآمر حتى لو هلك في يد الوكيل يهلك على مال الآمر لا على الوكيل لان في تعيين المبيع تعيين البايع وفي تعيين البايع توكيله بقبض دينه من المديون اولا لاجله ثم يقبضه لنفسه فلا يوجد تمليك الدين من غير من عليه الدين وكذا لو امر شخص مديونه بالتصدق بما عليه صح كما لو امر الآجر المستأجر بمرمة ما استأجره مما عليه من الاجرة (وفي غير العين) اى لو قال رب الدين للمديون اشترلي بالالف عليك عبدا غير معين فالتوكيل باطل حتى (ان اشترى وهلك في يد الوكيل فعليه) اى على الوكيل لان الشراء نفذ عليه لا على الموكل (وان قبضه الموكل فهو له) اى للموكل هذا عند الامام (وقالا هو لازم للموكل ايضا) اى كما هو لازم له في المعين سواء قبضه الموكل او لا (وهلاكه) اى المبيع (عليه) اى على الموكل (اذا قبضه الوكيل) لان الدراهم والدنانير لا تتعينان في المعاوضات دينا كانت او عينا الا ترى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد فصار الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر لان يد الوكيل كيده وله انها تتعين في الوكالات الا ترى انه لو قيد الوكالة بقبض العين منها او الدين منها ثم استهلك العين او اسقط الدين عن المديون بالابراء مثلا تبطل الوكالة لانعدام المحل لتصرف الوكيل ولم يلزم عليه اعطاء مثل الدين لان الاستهلاك والاسقاط

في حكم الاخذو الاستيفاء وهذا المعنى فى الاستهلاك ظاهر ولذا قيد صاحب الهداية بالاستهلاك وما فى تعليل صاحب النهاية بان بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك دون الهلاك مخالف لما فى شروح الجامع الصغير فى هذا الموضع حيث قالوا لو هلكت الدراهم المسلمة الى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة وتمامه فى العناية فليطالع واذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غيران يوكل بقبضه وذلك لا يجوز لانه تمليك الوصف وهو الوجوب فى الذمة والوصف عرض لا يقبل التمليك (وعلى هذا) الخلاف (اذا امره) اى امر الموكل الوكيل (ان يسلم ما عليه او يصرفه) يعنى لو قال اسلم مالى عليك الى فلان فى كذا صح اتفاقا ولو قال الى من شئت فعلى الخلاف وكذا اذا امره ان تصرف ماعليه والحاصل انه ان عين المسلم اليه ومن يعقد عقد الصرف صح بالاتفاق وفى العناية وانما خصهما بالذكر لدفع ما عسى يتوهم ان التوكيل فيهما لا يجوز لاشتراط القبض فى المجلس انتهى لكن فيه تأمل (ولو وكل عبد اليشترى نفسه) اى نفس العبد المأمور (له) اى للموكل (من سيده) بان قال فلان لعبد اشترلى نفسك من سيدك بالف مثلا (فان قال) العبد المأمور لسيده (بعنى نفسى لفلان) بالف (فباع) السيد (فهو) اى العبد (له) اى للموكل لان العبد يصلح لان يشترى نفسه لنفسه ويصلح وكيلا عن غيره فى شراء نفسه لكونه اجنبيا عن نفسه فى حكم المالية فاذا اضاف العقد الى الآمر صلح شراؤه للامتثال فيقع للآمر (وان لم يقل) العبد (لفلان عتق) العبد لان المطلق يحتمل الوجهين احدهما هو الامتثال للآمر والآخر هو التصرف لنفسه فلا يقع امتثالا بالشك فبقى التصرف واقعا لنفسه ثم اذا كان الشراء للآمر فلا بد من قبول العبد بعد قول المولى بعت وان وقع للعبد يكتفى بقول المولى بعد قوله بعنى نفسى لان الواحد يتولى طرفى العقد فى العتق لا فى البيع والثمن على العبد فيهما الا على الآمر (وان وكل العبد غيره ليشتريه من سيده فان قال الوكيل للسيد اشتريته) اى ذلك العبد (لنفسه فباع) السيد على هذا الحكم (عتق) العبد على السيد (وولاؤه) اى ولاء العبد (له) اى للسيد لان بيع نفس العبد منه اعتاق وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل والمأمور سفير عنه اذ لا ترجع اليه الحقوق فصار كأنه اشترى بنفسه والولاء للمولى (وان لم يقل لنفسه) عند اشترائه (فهو) اى العبد (للوكيل) لكون قوله مطلقا فيقع التصرف لنفسه (وعليه) اى على المشترى (ثمنه) اى ثمن العبد لكونه عاقدا (وما اعطاه العبد) للوكيل (لاجل الثمن للمولى) لانه كسب عبده (واذا قال الوكيل لمن وكله بشراء عبد اشتريت لك عبدا فمات) اى العبد عندى (وقال

الموكل) لا (بل اشتريته لنفسك فالقول للموكل ان لم يكن) اى ان لم يوجد (دفع الثمن) الى الوكيل لانه يدعى الثمن على الموكل وهو ينكره فالقول للمنكر (والا) اى وان وجد دفع الثمن (فللوكيل) اى فالقول للوكيل لانه امين فالقول للامين مع اليمين وقد اجمل المص فى هذه المسئلة فلابد من التفصيل لانه قال صاحب المنح وغيره ان العبد ان كان معينا وهو حى فالقول للمأمور انه اشتراه لموكله لالنفسه اجماعا سواء كان الثمن منقودا اولا لانه اخبر عن امر يملك استينافه والمخبر به فى التحقق والثبوت يستغنى عن الاشهاد فيصدق وان كان ميتا والحال ان الثمن منقود فكذلك الحكم لان الثمن كان امانة فى يده وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة من الوجه الذى امر به فكان القول له وان لم يكن الثمن منقودا فالقول للموكل لانه اخبر عما لايملك استينافه لان الميت ليس محلا لانشاء العقد به وغرضه الرجوع بالثمن والآمر منكر فالقول له وان كان غير معين وهو حى فقال المأمور اشتريته لك وقال الآمر بل اشتريته لنفسك فالقول للمأمور ان كان الثمن منقودا لانه يخبر عما يملك استينافه وان لم يكن الثمن منقودا فالقول للآمر عند الامام وعندهما القول للمأمور لانه اخبر عما يملك استينافه فصح كما فى المعين وله انه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة الزمها الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين فيقبل قوله كما فى المنح وغيره فعلى هذا عبارة المص قاصرة فالاولى ان يفصل تدبر (وللوكيل) بالشراء (طلب الثمن من الموكل) اذا اشترى وقبض المبيع (وان) وصلية (لم يدفعه) اى الثمن (الى البايع) اذ يجرى بين الوكيل والموكل مبادلة حكمية ولهذا لو اختلفا فى الثمن يتحالفان ويرد الموكل على الوكيل بالعيب فيصير الوكيل بايعا من موكله حكما فيطلب الثمن من موكله سواء دفعه الى بايعه اولا (وحبس المشترى لاجله) اى للوكيل بالشراء حبس ما اشتراه من موكله لان يقبض ثمن المبيع وان لم يدفع الثمن الى بايعه لما علم ان المبادلة الحكمية تجرى بينهما وقال زفر ليس له الحبس لان الموكل صار قابضا بيده فحق الحبس يسقط وفى التنوير ولو اشتراه الوكيل بنقد ثم اجله البايع كان للوكيل المطالبة حالا (فان هلك قبل حبسه هلك على الآمر) اى ان هلك المشرى فى يد الوكيل قبل ان يحبسه من موكله يهلك على مال الموكل لا الوكيل (ولا يسقط ثمنه) اى ثمن المبيع عن الموكل فيرجع الوكيل عليه لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبس يصير الموكل قابضا بيده (وان) هلك المشرى فى يد الوكيل (بعد حبسه) اى حبس الوكيل اياه (سقط) الثمن عند الطرفين لانه بمنزلة البايع منه وكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه (وعند ابى يوسف هو كالرهن) لانه مضمون

بالحبس للاستيفاء بعدان لم يكن وهو رهن بعينه بخلاف المبيع لان البيع ينفسخ بهلاكه وهنا لاينفسخ اصل العقد قلنا ينفسخ فى حق الموكل والوكيل كما اذارده الموكل بعيب ورضى الوكيل به والحاصل ان عندهما يسقط الثمن بهلاكه وعند ابى يوسف يهلك بالاقل من قيمته ومن الثمن حتى لو كان الثمن اكثر من قيمته رجع الوكيل بذلك الفضل على موكله وعند زفر يضمن بجميع قيمته (وليس للوكيل بشراء معين شراؤه لنفسه) ولا لموكل آخر لانه يؤدى الى تغرير الآمر من حيث انه اعتمد ولان فيه عزل نفسه ولايملكه الا بمحضر من الموكل كما فى الهداية والتعليل الاول يفيد عدم الجواز بمعنى عدم الحل كما فى البحر وفسره الزيلعى بانه لايتصور شراؤه لنفسه وهو مناسب للتعليل الثانى ولو اشتراه لنفسه عند غيبة الموكل ناويا او متلفظا وقع للموكل الا اذا باشر على وجه المخالفة فانه وقع للوكيل وعن هذا قال (فان شراه بخلاف جنس ما سمى) من الموكل له من الثمن او بغير النقود) بان شراه بالعرض او بالحيوان (وقع) الشراء (له) اى للوكيل لانه خالف امره فنفذ عليه وظاهر قوله بخلاف الجنس يقتضى ان لايكون مخالفا بما اذا سمى له ثمنا فزاد عليه او نقص عنه لكن ظاهر ما فى الكافى للحاكم انه يكون مخالفا فيما اذا زاد لافيما اذا نقص عنه لانه قال وان سمى ثمنا فزاد عليه شيئا لم يلزم الآمر وكذلك ان نقص من ذلك الثمن الا ان يكون وصف له بصفة وسمى له ثمنا فاشترى بتلك الصفة باقل من ذلك الثمن فيجوز على الآمر (وكذا) يقع الشراء للوكيل (ان امر) الوكيل (غيره فشراه الغير) الوكيل الثانى (بغيبته) اى بغيبة الوكيل الاول لمخالفة امر الآمر لانه مأمور بان يحضر رأيه ولم يتحقق ذلك فى حال غيبته (وان شراه) اى الوكيل الثانى (بحضرته) اى بحضرة الوكيل الاول (فللموكل) اى يقع شراؤه للموكل لانه يحضر رأيه حينئذ فلا يكون مخالفا بخلاف الوكيل بالطلاق والعتاق اذا وكل غيره فطلق الثانى او اعتق بحضرة الاول حيث لاينفذ وان حضر رأيه (وفى غير المعين هو) اى الشراء (للوكيل) يعنى لو اشترى الوكيل بشراء شئ غير معين شيئا يكون الشراء للوكيل اذ الاصل ان يعمل لنفسه (الا ان اضاف العقد الى مال الموكل) بان قال اشتريت بهذا الالف وهو مال الآمر (او اطلق) العقد بان قال اشتريت فقط (ونوى) الشراء (له) اى للموكل فيكون للموكل فى الصورتين وفى الهداية هذه المسئلة على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد عندى بقوله او يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله لان فيه اى فى النقد تفصيلا وخلافا وهذا بالاجماع وهو اى الجواب مطلق لاتفصيل فيه وان اضافه الى دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحال

الوكيل على ما يحل له شرعا او يفعله عادة اذا الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا وان اضافه الى دراهم مطلقة فان نواها للآمر فهو للآمر وان نواها لنفسه فلنفسه ويعمل للآمر فى هذه التوكيل وان تكاذبا فى النية يحكم النقد بالاجماع لانه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا وان توافقا على انه لم تحضره النية قال محمد هو للعاقد لان الاصل ان كل احد يعمل لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت وعند ابى يوسف يحكم النقد لان ما اوقعه مطلقا يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا فعن ابى حنيفة اى المالين نقد فقط فعل ذلك المحتمل لصاحبه ولان مع تصادقهما تحتمل النية للآمر وفيما قلناه حمل حاله على الصلاح كما فى حالة التكاذب والتوكيل بالاسلام فى الطعام على هذه الوجوه انتهى (و يعتبر فى السلم والصرف مفارقة الوكيل لا الموكل) فيبطل عقدهما بمفارقة الوكيل صاحبه قبل القبض لوجود الافتراق من غير قبض ولا يبطل بمفارقة الموكل اذ القبض للعاقد وهو ليس بعاقد وما قيل من انه اذا حضر الموكل مجلس العقد لا يعتبر مفارقة الوكيل ضعيف لكون الوكيل اصلا فى الحقوق فى البيع مطلقا كما فى البحر قيد بالوكيل لان الرسول فيهما لا يعتبر مفارقة لان الرسالة فى العقد لا فى القبض و ينتقل كلامه الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح (ولو قال) الوكيل بالشراء (بعنى هذ الزيد) اى لاجله (فباع ثم انكر المشترى كون زيد آمره) بعد اقراره بقوله لزيد (فلزيد اخذه) اى اخذ المبيع جبرا (ان لم يصدق انكاره) اى المشترى لان قول الوكيل يعنى هذا لزيد اقرار منه بالوكالة فلا يلتفت الى انكاره للتناقض (فان صدقه) اى زيد انكاره بان قال لم آمره بالشراء (لا يأخذه) زيد جبرا لان اقرار المشترى ارتد برده (فان سلمه المشترى اليه) اى الى زيد (صح) لان البيع يوجد بينهما حكما لان الوكيل ولو فضوليا كالبايع والموكل كالمشترى فصار بيعا بالتعاطى (ومن وكل بشراء رطل لحم بدرهم فشرى رطلين بدرهم مما) اى من اللحم الذى (يباع رطل بدرهم لزم) فى هذا البيع (موكله) من اللحم (رطل بنصف درهم) عند الامام قيد بما يباع رطل بدرهم لانه لو اشترى لحما لا يباع رطل بدرهم بل اقل يكون الشراء واقعا للوكيل بالاجماع (وعندهما) وهو قول الائمة الثلاثة (يلزمه) اى الموكل (الرطلان بالدرهم) لانه امره بصرف الدرهم فى اللحم وفعل المأمور وزاده خيرا فصار كما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين وله انه مأمور بشراء رطل مقدر وليس بمأمور بشراء الزيادة فنفذ شراء رطل عليه وشراء رطل على الموكل بخلاف ما استشهدا به لان الزيادة هناك بدل ملك الموكل فتكون له قيل ان محمدا هنا

مع الامام في قول قيد بالموزونات لان في القيميات لا ينفذ شئ على الموكل اجماعا كما في البحر وفي البزازية امره بان يشتري بعشرة دنانير فاشتراه بما اتى درهم وقيمة الدراهم منه الدنانير لزم الموكل خلافا لمحمد وزفر ولو بعرض وقيمتها مثل الدراهم لا يلزم الآمر اجماعا (ولو وكل بشراء عبدين بعينهما) بلا ذكر ثمنهما (فشرى المأمور للآمر (احدهما) اى احد العبدين بقيمته او بنقصان (جاز) عن الآمر بالاجماع لان التوكيل مطلق فيجرى على اطلاقه وقد لا يتفق بينهما في الشراء الا فيما لا يتغابن الناس فيه وهو الغبن الفاحش لان التوكيل بالشراء بالمتعارف والمتعارف فيما يتغابن فيه الناس فلهذا قلنا بقيمته او بنقصان (وكذا ان وكل بشرائهما) اى بشراء عبدين بعينهما (بالالف وقيمتهما سواء فشرى) المأمور (احدهما) اى احد العبدين (بنصفه) اى بنصف الالف (او باقل) من نصف الالف جاز لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء فينقسم بينهما نصفين دلالة فكان امرا بشراء كل واحد بخمسمائة ثم الشراء بها موافقة و باقل منها مخالفة الى خير فوقع عن الآمر (وان شرى باكثر) من نصف الالف (لا يجوز) اى لا يقع عن الآمر بل عن المأمور لانه مخالفة الى شر قلت الزيادة او كثرت وهذا عند الامام (وقالا يجوز الشراء) باكثر (ايضا) كما يجوز بنصفه او اقل (ان كان شراؤه بما يتغابن الناس فيه وقد بقى مايشترى بمثله الآخر) لان التوكيل مطلق فيحمل على المتعارف كما بيناه ولكن لابد ان يبقى من الالف باقيه يشترى بمثلها الباقي ليمكنه تحصيل غرض الآمر (فان شرى) الوكيل العبد (الاخر بما بقى) من الثمن (قبل) وقوع (الخصومة) بينهما (جاز اتفاقا) لحصول الحق وهو شراء العبدين بالالف (فان قال الوكيل بشراء عبد غير عين) اى غير معين (بالف درهم (شريته) اى العبد (بالف وقال الموكل) بل شريته (بنصفه) اى بنصف الالف وهو خمسمائة وليس لهما برهان (فان كان قد دفع الموكل (اليه) اى الى الوكيل (الالف صدق الوكيل ان ساوى) قيمة العبد (الالف) لانه امين وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والموكل يدعى ضمان نصف مادفع اليه وهو منكر وان لم يساو قيمة العبد الالف بل يساوى نصفه صدق الموكل بلا حلف لانه امره بشراء عبد بالف والمأمور اشترى بغبن فاحش والامر يتناول مايساويه فيضمن المأمور خمسمائة (وان لم يكن دفعها) اى دفع الموكل الالف الى الوكيل و باقي المسئلة بحالها (فان ساوى) قيمة لعبد نصفها) اى نصف الالف (صدق الموكل) بلا يمين لان المأمور خالف الامر (وان ساواها) اى ان ساوى قيمته الالف (تحالفا) لان الموكل هنا

كالبايع والوكيل كالمشترى وقد وقع الاختلاف فى الثمن فيجب التحالف ويفسخ العقد (والعبد للمأمور) فى الصورتين (وكذا فى معين لم يسم له ثمنا فشراه واختلفا فى ثمنه) يعنى اذا قال له اشتر هذا العبد لى ولم يسم ثمنا فاشتراه المأمور ثم اختلفا فى ثمنه فقال المأمور اشتريته بالف وقال الآمر بل بخمسمائة وليس لهما برهان يلزمه التحالف كما فى المسئلة الاولى فان نكلا فللوكيل وان نكل احدهما فلمن نكل (ولا عبرة لتصديق البايع) المأمور (فى الاظهر) قيل لان البايع ان استوفى الثمن فهو اجنبى عنهما وان لم يستوف فهو اجنبى عن الآمر فلا مدخل له وهذا قول الامام ابى منصور وفى الهداية وهو الاظهر وفى الكافى هو الصحيح وقيل لا تحالف هنا لارتفاع الخلاف بتصديق البايع اذ هو حاضر فيجعل تصادقهما بمنزلة انشاء العقد وفى المسئلة الاولى هو غائب فاعتبر الاختلاف والى هذا مال الفقيه ابو الليث وقال قاضيخان وهو الاصح وفى التنوير ولو اختلفا فى مقدار الثمن الذى عينه له فقال الآمر امرتك بشرائه بمائة وقال المأمور بالف فالقول للآمر مع يمينه والعبد للمأمور فان برهنا قدم برهان المأمور ولو امره بشراء اخيه فاشترى الوكيل فقال الآمر ليس هذا باخى فالقول للآمر مع يمينه ويكون الوكيل مشتريا لنفسه وعتق العبد على الوكيل لزعم انه اخو الموكل وعتق على موكله فيؤاخذ بذلك كما فى البحر

فصل

فى بيان احكام من يجوز للوكيل ان يعقد معه ومن لا يجوز (لا يصح عقد الوكيل بالبيع والشراء مع من ترد شهادته له) كاصله وفرعه وزوجه وزوجته وسيده وعبده ومكاتبه وشريكه فيما يشتركانه عند الامام (وقالا يجوز) العقد (بمثل القيمة الا فى العبد والمكاتب) لان التوكيل مطلق ولا تهمة اذ الاملاك متباينة والمنافع منقطعة بخلاف العبد الذى لا دين عليه لانه بيع من نفسه لان ما فى يد العبد للمولى وكذا للمولى حق فى كسب المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز وله ان مواضع التهمة مستثناه عن الوكالات وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة لان كل واحد منهم ينتفع بمال الآخر عادة فصار بيعا من نفسه من وجه ودخل فى البيع الاجارة والصرف والسلم فهو على هذا الخلاف الا اذا اطلق الموكل بان قال له بع ممن شئت فيجوز بيعه من هؤلاء المذكورين بمثل القيمة كما يجوز عقده معهم باكثر من القيمة بلا خلاف كما فى المنح وفى النهاية وان كان باقل منها بغبن فاحش لا يجوز بالاجماع وان كان البيع بغبن يسير لا يجوز عند الامام ويجوز عندهما وان كان بمثل القيمة فعن الامام روايتان (والوكيل

بالبيع يجوز بيعه) من غير هؤلاء (بما قل) من الثمن ولو غبنا فاحشا لان البيع بالغبن الفاحش معتاد عند الاحتياج الى النقد و بالكثير من القيمة (او كثر) وانما ذكره ليتناول كل بدل فان القله امراضا فى فلم يكن ذكره استطراديا كما قيل (و) كذا يجوز بيعه (بالعرض) سواء قل او كثر من القيمة عند الامام لانه بيع مطلق وقد وجد به خاليا عن التهمة فيجوز (وقالا لا يجوز) بيعه (الا بمثل القيمة و بالنقود) اى لا يجوز بيعه من غير هؤلاء بنقصان لا يتغابن الناس فيه ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير لا بالعروض عندهما لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف لان التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقع الحاجة والمتعارف البيع بثمن المثل و بالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والجمد والاضحية بزمان الحاجة ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه ولهذا لو صدر من المريض يعتبر من الثلث وكذلك المقايضة فلا يتناله مطلق اسم البيع قال ابو المكارم و بيع المضارب والمفاوض وشريك العنان بغبن فاحش على هذا الخلاف واما بيع الولى كالاب والجد والوصى والقاضى لا يصح بالاقل الا بما يتغابن فيه بالاتفاق كما فى العمادية (و يجوز بيعه بالنسيئة) ان كان ذلك التوكيل بالبيع للتجارة عند الامام وان كان الاجل غير متعارف لما مر انه بيع مطلق خاليا عن التهمة فيجوز وعندهما لا يجوز الا بالاجل المتعارف لان المطلق ينصرف الى المتعارف وعند الائمة الثلاثة يجوز بثمن المثل و بنقد البلد حالا فان كانت النقود مختلفة يعتبر الاغلب وانما قيدنا للتجارة لانه لو لم يكن لها بل كان لحاجة لا يجوز كالمرأة اذا دفعت غزلا الى رجل ليبيعه لها يتعين النقد وفى المنح و به يفتى مذكور فى الخلاصة وكثير من المعتبرات ان الموكل قال بعه فانى محتاج الى ثمنه وهو لو صرح بذلك لم يجز بيعه نسيئة كما فى النتف و ينبغى ان يكون الحكم كذلك فى كل موضع قامت الدلالة على الحاجة انتهى وفى البحر لو قال بعه الى اجل فباعه بالنقد قال السرخسى الاصح انه لا يجوز بالاجماع (و) يجوز (بيع نصف ماوكل ببيعه) كالعبد والفرس عند الامام لان اللفظ مطلق عن قيد الاجتماع والافتراق فيعمل باطلاقه وعندهما والائمة الثلاثة لا يجوز لما فيه من ضرر الشركة الا ان يبيع النصف الآخر قبل ان يختصما لاندفاع الضرر قبل نقض العقد الاول و بهذا ظهر ان الخلاف فى الذى يتضرر بالتفريق والتقسيم والا يجوز كالبر والشعير اذ ليس فى تفريقه ضرر اصلا فى كما الاصلاح ولذا قلنا كالعبد والفرس (و) يجوز (اخذه) اى اخذ الوكيل بالبيع (بالثمن كفيلا او رهنا) للاستيثاق (فلا يضمن) الوكيل الثمن للموكل والقيمة للراهن ان توى) اى هلك (ماعلى الكفيل) من الثمن (اوضاع

الرهن في يده) اى الوكيل لان الوكيل اصيل في الحقوق و قبض الثمن منهـا والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه يفعـل نيابة وقد انابه في قبض الدين دون الكفالة واخذ الرهن والوكيل بالبيع يقبض اصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عن قبض الثمن كما في الهداية وفي المنح وهو مخالف لما في الخلاصة من ان الوكيل بقبض الدين له اخذ الكفيل فيحمل كلام الهداية على اخذ الكفيل بشرط البراءة فهو حوالة لايجوز للوكيل بقبض الدين قبولها كما صرح به في البزازية والمراد بعدم الضمان عدمه للموكل والا فالدين قد سقط بهلاك الرهن اذا كان مثل الثمن بخلاف الوكيل بقبض الدين اذا اخذ رهنا فضاع فانه لا يسقط من دين الموكل شيء ولا ضمان على الوكيل انتهى (ولو وهب) الوكيل (الثمن من المشترى او ابرأه او حط منه) اى بعض الثمن (جاز) عند الطرفين (ويضمن) الوكيل الثمن كله لموكله في الحال (وعند ابي يوسف لا يجوز) كل من الهبة والابراء والحط اذ لاملك له ولا امر له فيما فعل ولم يجز ولهما ان حقوق العبد راجعة الى العاقد وهذه التصرفات من حقوقه فيملكهـا ودفع الضرر حاصل بتضمينه في الحال على وجه الكمـال (وكذا الخلاف لو اجله) اى الثمن (او قبل به) اى الثمن (حوالة) قال قاضيخان ولم يذكر التأجيل في الاصل قيل يجوز التأجيل في قول ابي يوسف ايضـا كما لو باع بثمن مؤجل وقيل لايجوز واختاره المص فلذا قال وكذا الخلاف لو اجله (ولو اقاله) الوكيل بالبيع (صح) عقد الاقالة (وسقط الثمن عن المشترى ولزم) الثمن (الوكيل) عند الطرفين لانه عاقد فيصح تصرفه فيضمن الثمن للموكل قيدنا بالبيع لان الوكيل بالشراء لايملك الاقالة اتفاقا هـذا اذا لم يقبض الثمن فلو قبضه ثم اقال لايصح وكذا اذا كان على الوكيل دين لرجل فاحاله على المشترى ليأخذ الثمن ثم اقال لايصح كما في شرح المجمع (وعند ابي يوسف لايسقط عن المشترى) لانه اضرار للموكل فيبقى الثمن للموكل في ذمة المشترى الاان الاقالة لما كانت عنده بيعا صار الوكيل مشتريا من المشترى المبيع فكان الوكيل مديونا للمشترى مثل الثمن الاول كما في شرح المجمع (والوكيل بالشراء يجوز شراؤه بمثل القيمة) او باقل منهـا وهو ظاهر لا يحتاج الى البيـان (و) يجوز (بزيادة يتغابن بهـا وهى) اى الزيادة التي يتغـابن بهـا (ما يقوم به مقوم) بان قومه عدل مثلا بعشرة وعدل آخر بتسعة فاشتراه بعشرة يدخل تحت تقويم مقوم وقدره في العروض بزيادة نصف في العشرة وفي الحيوان بدرهم وفي العقـار بدرهمين فهو الغبن اليسير فلزم الموكل وعن هذا قال (وقدر في العروض

ده نيم وفى الحيوان ده يازده وفى العقار ده دوازده) هذا فيما لم يكن له قيمة معلومة كالعبد والدواب وغيرهم واما ماله قيمة معلومة كالخبز واللحم وغيرهما فلا يحتاج الى تقويم مقوم فلا يدخل تحته حتى اذا زاد الوكيل بالشراء شيئا قليلا كالفلس لا ينفذ على الموكل لظهور المخالفة و به يفتى كما فى البحر وغيره فعلى هذا لو قيد قوله وهو ما يقوم به مقوم بان لم يعرف سعره لكان اولى تدبر (لا بما لا يتغابن بها) اى لا يجوز شراء الوكيل بالغبن الفاحش لجواز اشترائه لنفسه ثم لغلاء ثمنه يحوله على الآمر وهذه التهمة لا توجد فى الوكيل بالبيع اطلقه فشمل ما اذا كان وكيلا بشراء شئ بعينه فلا يملك الشراء بغبن فاحش وان كان لا يملك الشراء لنفسه لانه بالمخالفة يكون مشتريا لنفسه وكانت التهمة باقية كما فى التبيين لكن فى الهداية خلافه فانه قال حتى لو كان وكيلا بشراء شئ بعينه قالوا ينفذ على الآمر لانه لا يملك شراءه لنفسه وفى العناية ان ما فى الهداية قول عامة المشايخ و بعضهم قال لا ينفذ على الآمر تتبع (ولو وكل ببيع عبد فباع نصفه جاز) عند الامام لما قررناه آنفا (وقالا لا يجوز) بيعه بما يتعيب بالشركة كالعبد لا بما لا يتعيب كالبر فانه يجوز بالاتفاق كما مر (الا ان باع الباقى قبل الخصومة) اى قبل الاختصام الى القاضى ونقض القاضى البيع فح يجوز لعوده الى الوفاق (وهو) اى جوازه ان باع الباقى قبل الخصومه (استحسان) عندهما وانما ذكر هذه المسئلة مع انها قد ذكرت فيما تقدم بقوله و بيع نصف ماوكل ببيعه جاز توطئة لقول الامامين والمسئلة التى تليها وهو التوكيل بشراء عبد لان المسئلة الاولى تذكر بلا خلاف فيتوهم انها متفق عليها فذكرها لدفع التوهم لكن الاولى ان يتركها فيما سبق وذكرها هنا جميعا كما وقع فى الهداية تدبر (وان وكل بشراء عبد فاشترى نصفه لا يلزم الموكل) لما فيه من ضرر الشركة (الا ان اشترى باقيه قبل الخصومة اتفاقا) لان شراء البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال بان كان موروثا بين اثنين فينفذ على الموكل بالاتفاق والفرق للامام بين البيع والشراء ان الامر فى البيع صادف ملكه فاعتبر فيه اطلاقه بخلاف الامر بالشراء وقال زفر يلزم الوكيل مطلقا اطلقه فشمل ما اذا كان العبد معينا اولا لانه خالفه بشراء نصف فلا يلزم الموكل الا بعد شرائه فبهذا ظهر عدم صحة ماقيل ينبغى ان لا يتوقف شراء النصف اذا كان التوكيل بشراء شئ بعينه تأمل(ولو رد المبيع) اى رد المشترى المبيع (على الوكيل بعيب بقضاء) اى بقضاء القاضى (رده) الوكيل (على آمره مطلقا) سواء كان بسبب البينة من قبل المشترى او بنكول الوكيل حين توجه عليه اليمين او اقرار الوكيل عند القاضى (فيما) اى فى عيب (لا يحدث

مثله) لان البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر في النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته البيع فلزم الآمر فكذا باقرار فيما لا يحدث مثله لان القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البايع فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج ثم ان اشتراطها فيما كان تاريخ البيع مشتبها على القاضي اوكان العيب مما لا يعرفه الا النساء او الاطباء فان قولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر الى احدى هذه الحجج للرد حتى لو علم القاضي تاريخ البيع والعيب ظاهر لا يحتاج الى شئ منها كما اذا كان العيب مما لا يحدث اصلا كاصبع زائدة لا حاجة الى الحجة وانما قال بقضاء لانه ان كان الرد بغير قضاء ليس له الرد على الموكل ولا الخصومة معه كما في عامة روايات المبسوط (وكذا) يرد الوكيل على الآمر (فيما) اى في عيب (يحدث مثله) في هذه المدة (ان كان) قضاء القاضي (ببينة اونكول عن يمين) لما تقدم آنفا (وان) كان قضاء القاضي (باقرار) الوكيل (فلا) يرده على آمره (ولزم الوكيل) لان الاقرار حجة قاصرة فيظهر حق المقر دون غيره والوكيل غير مضطر اليه لانه يمكنه السكوت والنكول ولكن له ان يخاصم الموكل ان كان الرد عليه بقضاء فيلزمه ببينة او بنكول وان كان بغير قضاء ليس له ان يخاصم الموكل لانه فسخ للبيع بالتراضي فيكون بيعا جديدا في حق غيرهما والموكل غيرهما (ولو باع) الوكيل (نسيئة) اى الى اجل (وقال الموكل امرتك بالنقد وقال) الوكيل (لا بل اطلقت) اى امرتني بالبيع من غير تقييد بالنقد (صدق الموكل) مع اليمين لان الامر مستفاد من الآمر ولا مساعدة بدلالة اللفظ على ما قاله المأمور (وفي المضاربة) صدق (المضارب) لان الاصل في المضاربة العموم والاطلاق فيعتبر قوله مع اليمين بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال (ولا يصح تصرف احد الوكيلين وحده فيما وكلا به) لعدم رضى الموكل الا برأيهما معا وفي المنح اطلقه فشمل ما اذا كان احدهما حرا بالغا عاقلا والآخر عبدا او صبيا محجورا عليه لكنه مقيد بما اذا وكلهما بكلام واحد اما اذا كان توكيلهما على التعاقب فانه يجوز لاحدهما الانفراد لانه رضى برأى كل واحد منهما على الانفراد وقت توكيله بخلاف الوصيين اذا اوصى الى كل منهما بكلام على حدة حيث لا يجوز لاحدهما ان ينفرد بالتصرف على الاصح انتهى لكن في اشمنى خلاف ما في المنح لانه قال لو باع احدهما والآخر حاضر يجوز ولو كان الآخر غائبا فاجاز لم يجز عند الامام خلافا لابى يوسف ولو كان احدهما صبيا او عبدا محجورا فللآخر ان ينفرد بالتصرف ولو مات احدهما او زال عقله ليس له ذلك تتبع وفى الحاوية

رجل قال لرجلين وكلت احدكما بشراء جارية لى بالف درهم فاشترى احدهما ثم اشترى الآخر فان الآخر يكون مشتريا لنفسه ولو اشترى كل واحد منهما جارية ووقع شراؤهما فى وقت واحد كانت الجاريتان للموكل وعليه الفتوى كما فى البحر (الا فى خصومة) فان لاحدهما ان يخاصم وحده لان الاجماع فيها متعذر لافضاء الشغب فى مجلس القضاء خلافا لزفر والشافعى وظاهره انه اذا خاصم احدهما لم يشترط حضرة الآخر وهو قول العامة لعدم العائدة بسماعها وهو ساكت كما فى التبيين وغيره وبه ظهر ان ما ذكره ابن ملك من اشتراط الحضرة ضعيف كما فى البحر لكن لابد من مباشرة رأى الآخر حتى لو باشر احدهما بدون رأى الآخر لا يجوز عندنا كما ذكره العينى فعلى هذا يمكن حمل ما فى ابن ملك على الرأى فيكون موافقا لقول العامة وهو اولى من الحمل على الضعف تدبر (ورد وديعة) وفى البحر ولو قال ورد عين لكان اولى فانه لافرق بين رد الوديعة والعارية والمغصوب والبيع الفاسد كما فى الخلاصة لكن يمكن بان رد عارية وغصب داخل فى رد وديعة حكما والبيع الفاسد فى حكم الغصب فاكتفى بذكرها تدبر قيد بالرد للاحتراز عن الاسترداد فليس لاحدهما القبض بدون صاحبه (وقضاء دين وطلاق وعتق لاعوض فيهما) وكذا تعليق بمشية الوكلين وتدبير وتسليم هبة كما فى التنوير لانه مما لايحتاج الى الرأى و يعتبر المثنى فيه كالواحد هذا اذا كان التوكيل بطلاق واحدة معينة وعتق معين لانه لو وكلهما بطلاق واحدة بغير عينها او عتق عبد بغير عينه لا ينفرد احدهما كما فى السراج لانه مما يحتاج الى الرأى وقيد بلاعوض فيهما لانه لو كان الطلاق والعتق بعوض لم ينفرد احدهما الا اذا جازه الموكل او الوكيل وفى البحر ان الوكالة والوصاية والمضاربة والقضاء والتولية على الوقف سواء فليس لاحدهما الانفراد (وليس للوكيل ان يوكل) غيره لانه فوض اليه التصرف دون التوكيل به اذ رضى برأيه دون رأى غيره لوجود التفاوت فى الآراء (الا باذن موكله) لتحقق رضائه (او بقوله) اى بقول الموكل الوكيل (اعمل برأيك) لاطلاقه التفويض الى رأيه واستثنى صاحب التنوير من الاستثناء الاول فقال الا فى دفع زكوة وفى قبض دين بمن فى عياله وعند تقدير الثمن من الوكيل لوكيله فان تصرف وكيل الوكيل بدون الاذن جائز فيهما (فان اذن) الموكل بالتوكيل (فوكل) الوكيل غيره (كان) الوكيل (الثانى) وكيل الاول لا الثانى) ثم فرعه بقوله (فلا ينعزل) الوكيل الثانى (بعزله) اى بعزل الموكل الثانى (ولا) ينعزل (بموته) اى بموت الموكل الثانى قال المولى سعدى ينبغى ان يملك عزله فيما اذا قال الموكل اعمل برأيك انتهى وفيه

كلام لان الوكيل مأمور باعمال رأيه وقد عمل بان يوكل غيره فتم الامر فلا يملك العزل لان العزل الرجوع عن الرأى الاول وليس فى قوله اعمل برأيك مايدل على هذا بخلاف ماذا قال اصنع ماشئت لان فيه مايدل على العموم فيملك العزل تدبر (وينعزلان) اى الوكيل الاول والثانى (بموت) الموكل (الاول) لان الموكل عامل لنفسه فينعزل وكيله بموته لبطلان حقه (وان وكل) الوكيل غيره (بلا اذن) من الموكل (فعقد) الوكيل (الثانى بحضرته) اى بحضرة الوكيل الاول (جاز) عقده لان المقصود حضور رأيه وقد حضر وظاهر العبارة الاكتفاء بالحضرة من غير توقف على الاجازة وهذا قول البعض والعامة على انه لابد من اجازة الوكيل اوالموكل وان حضرة الوكيل الاول لاتكفى والمطلق من العبارات محمول على الاجازة كما فى اكثر المتعبرات فعلى هذا لوقال فاجازه مكان قوله بحضرته لكان اولى تدبر (وكذا لو عقد) الوكيل الثانى (بغيبته) اى بغيبة الاول (فاجازه) اى اجاز الوكيل عقده (جاز) ولو اكتفى بقوله فعقد الثانى بحضرته او بغيبته فاجازه جاز لكان اخصر واولى لان الحكم فيهما موقوف على الاجازة على قول العامة كما بين قبيله تدبر قيد بالعقد احترازا عن الوكيل بالطلاق والعتاق اذا وكل غيره وطلق الثانى بحضرة الوكيل الاول اوطلق الاجنبى فاجاز الوكيل فانه لايقع وكذا الابراء والخصومة وقضاء الدين كما فى المنح (اوكان) الوكيل الاول (قد قدر الثمن للثانى) فعقد الثانى بغيبته جاز لان الاحتياج فيه الى الرأى لتقدير الثمن وقد حصل كما فى العناية (ولايجوز لعبد اومكاتب التصرف فى مال طفله ببيع اوشراء ولاتزويجه) لانتفاء ولايتهما بالرق (وكذا الكافر فى حق طفله المسلم) لانتفاء ولايته بالكفر والاصل ان من لاولاية له على غيره لم يجر تصرفه فى حقه يقال حكم المستأمن والحربى والمرتد يعلم من حال الذمى دلالة ولذا بين حاله دون غيره من الكفار وقيل تصرف المرتد موقوف بالاتفاق لتردد الملة فى حقه فان اسلم نفذ وان قتل لا

❊ باب الوكالة بالخصومة والقبض ❊

اخر الوكالة بالخصومة عن الوكالة بالبيع والشراء لان الخصومة تقع باعتبار مايجب استيفاؤه ممن هو فى ذمته وذلك فى الاغلب يكون لمطالبة المبيع اوالثمن (للوكيل بالخصومة القبض) عند ائمتنا الثلاثة لان من ملك شيئا ملك اتمامه واتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض (خلافا لزفر) لان القبض غير الخصومة فلا يكون الوكيل به وكيلا بها اذ يختار الموكل للقبض من الناس وللخصومة الى الناس (والفتوى اليوم على قوله) اى على قول زفر وهو قول الائمة

الثلاثة لان من يؤتمن على الخصومة لايؤتمن على المال الظهور الخيانة في الوكلاء في هذا الزمان افتى بذلك الصدر الشهيد وكثير من مشايخ بلخ وسمرقند وغيرهم ولذا اشار الى خلاف زفر عند ائمتنا الثلاثة لقوة قوله في هذا المقام وفي التنوير الوكيل بالخصومه اذا ابى لايجبر عليها الا اذا كان وكيلا بالخصومة بطلب المدعي وغاب المدعى عليه بخلاف الكفيل (ومثله) اى مثل الوكيل بالخصومة (الوكيل بالتقاضي) يعني ان الوكيل بالطلب مثل الوكيل بالخصومة فانه يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه وضعا يقال اقتضيت حق اى قبضته فانه مطاوع قضى الا ان العرف بخلافه وهو قاض على الوضع والفتوى على ان لايملك كما في الهداية وفي الغاية ان الوكيل بتقاضي الدين يملك القبض اتفاقا في جواب كتاب الوكالة لكن فتوى المشايخ على ان لايملك لفساد الزمان انتهى فعلى هذا ظهر عدم فهم ماقيل من انه قال صاحب الاختيار والوكيل بالتقاضي يملك القبض بالاجماع لانه لافائدة للتقاضي بدون القبض فيلزم التأمل في قوله بالاجماع مع ان الخلاف مصرح في سائر الكتب لان ماقاله صاحب الاختيار على رواية الاصل والفتوى على انه لايملك لفساد الزمان فلا خلاف بالاتفاق على رواية الاصل لما في السراجية الوكيل بالتقاضي وكيل بالقبض في ظاهر الرواية والفتوى على انه ينظر ان كان التوكيل بذلك في بلد كان من العرف بين التجار ان المتقاضي هو الذي يقبض الدين كان توكيلا بالقبض والافلا تدبر وفي التنوير ورسول التقاضي يملك القبض لا الخصومة اجماعا ولا يملك الخصومة والقبض وكيل الملازمة كما لايملك الخصومة وكيل الصلح وكذا عكسه (وللوكيل بقبض الدين الخصومة قبل القبض) عند الامام (خلافا لهما) وهو قول الائمة الثلاثة ورواية عن الامام لانه ليس كل من يصلح للقبض يعرف الخصومة و يهتدى الى المحاكمة فلا يحصل الرضى من الموكل وله انه وكله باخذ الدين من ماله لان قبض نفس الدين لايتصور ولذا قلنا إن الديون تقضى بامثالها لان المقبوض ملك المطلوب حقيقة و بالقبض يتملك بدلا عن الدين فيكون وكيلا في حق التمليك ولاذلك الا بالخصومة وثمرته ما اذا اقام الخصم البينة على استيفاء الموكل او ابرأه تقبل عنده خلافا لهما قيل بقوله قبل القبض لانه بعد القبض لايكون له الخصومة اتفاقا وفي التنوير امره بقبض دينه وان لايقبضه الا جميعا فقبضه الا درهما لم يجز قبضه على الآمر وللآمر الرجوع على الغريم بكله ولو لم تكن للغريم بينة على الايفاء فقضى عليه بالدين وقبضه الوكيل فضاع من الوكيل ثم برهن على الايفاء فلا سبيل للمقضى عليه على الوكيل وانما يرجع على الموكل (وللوكيل باخذ الشفعة الخصومة

قبل الاخذاتفاقا) حتى لو اقام المشترى البينة على الوكيل على ان الموكل سلمها تقبل وتبطل الشفعة واما بعد الاخذ بالشفعة فليس له الخصومة (وكذا الوكيل بالرجوع فى الهبة) اى له الخصومة حتى لواقام الموهوب له البينة على اخذ الواهب العوض تقبل و يبطل الرجوع (او بالقسمة) يعنى للوكيل بالقسمة الخصومة حتى اذا وكل احد الشريكين وكيلا بان يقاسم مع شريكه فاقام الشريك البينة على الوكيل بان الموكل قبض نصيبه تقبل (او بالرد بالعيب) على البايع حتى اذا اقام البايع البينة على الوكيل بان الموكل رضى بالعيب تقبل (وكذا الوكيل بالشراء بعد مباشرته) يعنى له الخصومة واما قبل مباشرة الشراء لايكون له الخصومة وهذا لان المبادلة تقتضى حقوقا وهو اصل فيها فيكون خصما فيها (وليس للوكيل بقبض العين الخصومة) بالاجماع لانه امين محض بقبض عين حق الموكل من كل وجه فاشبه الرسول ثم فرعه بقوله (فلو برهن ذو اليد على الوكيل بقبض عبد ان موكله باعه منه تقصر يد الوكيل عنه (ولايثبت البيع فيلزم) على ذى اليد (اعادة البينة اذا حضر الموكل) او من يقوم مقامه لان البينة قامت على من لايكون خصما والقياس فيه دفع العبد الى الوكيل لعدم قبول حجة ذى اليد لقيامها على من ليس بخصم فلم يعتبر وجه الاستحسان ان الوكيل خصم فى حق قصر يده لقيامه مقام الموكل فى القبض فتقتصر يده فتقام الحجة ثانيا على البيع اذا حضر الخصم (كما تقصر يد الوكيل بنقل الزوجة او العبد) يعنى اذا اقامت المرأة البينة على الطلاق او اقام العبد البينة على العتاق على الوكيل بنقلهما الى موضع تقبل هذه البينة استحسانا فى قصر يد الوكيل عنهما حتى يحضر الخصم منكرا (ولايثبت الطلاق والعتق لو برهنا) اى المرأة والعبد (عليهما) اى على الطلاق والعتاق (بلا حضور الموكل) لما مر انهما اقاما حجة على وكيل غير خصم ولذا وجب اعادتها لو حضر موكله بخلاف قصر اليد (واقرار الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضى) بغير الحدود والقصاص (صحيح) سواء كان وكيلا من قبل المدعى فاقر بالقبض او من قبل المدعى عليه فاقر بثبوت الحق وفيه اشعار بانه لو انكره ذلك الوكيل صح بالطريق الاولى و بانه لو استثنى الاقرار صح وصار وكيلا بالانكار كما لو استثنى الانكار صار وكيلا بالاقرار وفى الصغرى لو استثنى الاقرار بحضرة الطالب صح والا لا وقال محمد انه ايضا يصح كما فى القهستانى وفى البزازية لو وكله غير جائز الاقرار صح ولم يصح الاقرار فى الظاهر لو موصولا وفى الا قضية ومفصولا ايضا (لاعند غير القاضى) اى ان كان اقراره عند غير القاضى فشهد به الشاهد ان عند القاضى فانه غير

صحيح استحسانا عند الطرفين (خلافا لابي يوسف) اى يصح عند غير القاضي عنده لان الموكل اقام مقام نفسه مطلقا وهو يقتضي ان يملك مايملك الموكل وهو يملك الاقرار عند غير القاضي كذا وكيله وعند زفر والشافعي وهو قول ابي يوسف او لالايصح اصلا وهو القياس لانه مأمور بالخصومة وهي منازعة والاقرار يضادها لانه مسالمة والامر بالشيء لايتناول ضده وجه الاستحسان ان التوكيل صحيح فيدخل تحته مايملكه الموكل وهو الجواب مطلقا فيتضمن الاقرار والموكل يملك الاقرار كذا يملك وكيله عند القاضي لكونه جواب الخصم وهو لايكون معتبرا الافي مجلس القضاء اذ وراء مجلسه يفضي الى المجادلة والمجاذبة وهو لم يوكل بذلك فح لايكون وكيلا (لكن لو برهن عليه) اى على الوكيل هذا استدراك من قوله لاعند غير القاضي فلهذا لوذكر عقيبه لكان انسب تدبر (انه اقر في غير مجلس القضاء خرج عن الوكالة ولايدفع اليه المال) اى لايؤمر المدعى عليه بدفع المال الى الوكيل لانه لايصح بعد ذلك للمناقضة ولانه زعم انه مبطل في دعواه (كالاب اوالوصي اذا اقر في مجلس القضاء لايصح) اقرارهما (ولايدفع اليه) اى الى الاب اوالوصي (المال) يعني اذا ادعى الاب او الوصي شيئا للصغير فانكر المدعى عليه فصدقه الاب اوالوصي ثم جاء يدعي المال فان اقراره لايصح لان له ولاية نظرية وذلك بان يحفظ ماله و يتصرف فيه على الوجه الاحسن والاقرار لايكون حفظا ولايؤمر المدعى عليه بدفع المال اليه لانه لايصح دعواه و ينصب وصي آخر ويؤمر بدفع المال اليه لو ثبت (ولا) يصح (توكيل رب المال كفيله بقبض ما على المكفول عنه) كما لو وكله بقبضه من نفسه اوعبده او وكل المحتال المحيل بقبضه من المحال عليه فانه غير صحيح لان الوكيل من يعمل لغيره ولو صححناها صار عاملا لنفسه في ابراء ذمته فانعدم الركن ولان قبول قوله ملازم للوكالة لكونه امينا ولو صححناها لايقبل لكونه مبرئا نفسه فتنعدم بانعدام لازمه كما في الهداية وفي العناية سؤال وجواب فليراجع وفي التنوير الوكيل بقبض الدين اذا كفل صح و بطل الوكالة بخلاف العكس وكذا كل ماصحت كفالة الوكيل بالقبض بطلت وكالته تقدمت كفالته اوتأخرت (ومن صدق مدعي الوكالة بقبض الدين امر بالدفع اليه) لان تصديقه بمن قال انا وكيل الغائب بقبض دينه اقرار على نفسه لان مايدفعه خالص حقه اذ الديون تقضى بامثالها (فان صدقه صاحب الدين) اى اذا حضر الموكل وصدق الوكيل في دعواه الوكالة فلا كلام لحصول الحق (والا) اى وان لم يصدقه (امر) اى امر الغريم (بالدفع اليه) اى الى صاحب الدين (ايضا) اى كما امر بالدفع

الى الوكيل لانه لم يثبت الاستيفاء حيث انكر الوكالة والقول في ذلك قوله مع يمينه فيفسد الاداء ان لم يجز الاستيفاء حال قيامه (ورجع) الغريم (به) اى بما دفعه (على الوكيل ان لم يهلك في يده) اى رجع الغريم به ان كان مادفعه اليه باقيا في يد الوكيل لان غرضه من الدفع براءة ذمته ولم يحصل فله ان ينقض قبضه و يأخذ مايجده ولوكان بقاؤه حكما بان استهلكه الوكيل فانه باق ببقاء بدله (وان هلك) اى المقبوض في يد الوكيل (لا) اى لا يرجع فيما هلك لانه بتصديقه اعترف انه محق في القبض فيكون امينا وهو لا يكون ضمينا اولانه مظلوم في اخذ الموكل ثانيا والمظلوم لايظلم غيره (الا ان كان ضمنه عند دفعه) فح يرجع على الوكيل بمثله مادفعه قيل روى ضمنه بالتشديد و بعدمه فالمعنى بالتشديد الا اذا كان جعل الغريم الوكيل ضامنا بان قال عند دفعه ان حضر الغائب وانكر وكالتك واخذ مني ثانيا فانت ضامن بهذا المال فقال انا ضامن و بعدم التشديد الا اذا كان الوكيل بان قال عند دفعه ان حضر الغائب وانكر التوكيل واخذ منه ثانيا فانى ضامن بهذا المال فيصير الوكيل كفيلا بمال قبضه الداين المنكر ثانيا لان اضافة الضمان الى زمان القبض جائز لا بمال قبضه الوكيل اولا لانه امانة في يده بتصادقهما على انه وكيل والا مانات لاتجوز بها الكفالة وظاهر المتن انه لارجوع على الوكيل حالة الهلاك الا اذا ضمن وليس كذلك مل الحكم كذلك لوقال له قبضت منك على انى ابرأتك من الدين كما في التنوير (اودفع اليه على ادعائه) حال كونه (غير مصدق وكالته) سواء كان مكذبا اوساكتا فانه يرجع عليه لانه انما دفع له على رجاء الاجازة فانقطع رجاؤه رجع عليه وفي التنوير فان ادعى الوكيل هلاكه اودفعه لموكله صدق بحلفه وفي الوجوه كلها ليس له الاسترداد حتى يحضر الغائب (ومن صدق مدعى الوكالة بقبض الامانة لايؤمر بالدفع اليه) لان تصديقه اقرار بمال الغير اولانه مأمور بالحفظ لا بالدفع بخلاف الدين فاذا لم يصدقه لايؤمر بالدفع اليه بالاولى وفي المنح تفصيل فليراجع (وكذا) اى مثل ماذكر من الحكم (لو صدقه في دعوى شرائها من المالك) يعني لو ادعى انه اشترى الوديعة من مالكها وصدقه المودع لم يؤمر بدفعها اليه لانه مادام حيا كان اقرارا بملك الغير لانه من اهله فلايصدقان في دعوى البيع عليه (ولو صدقه في ان المالك مات وتركها) اى الوديعة (ميراثا له امر بالدفع اليه) اذا لم يكن على الميت دين مستغرق فلو انكر موته اوقال لا ادرى لايؤمر بالتسليم اليه مالم تقم البينة هذه المسئلة قد تقدمت في اواخر القضاء فكان ذكرها هنا تكرارا تدبر (ولو ادعى المديون على الوكيل بقبض الدين استيفاء الداين ولا بينة له)

اى للمديون على استيفاء الداين (آمر بدفعه اليه) اى امر الغريم بدفع المال الذى عليه الى الوكيل لان الوكالة قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلايؤخر الحق وجعلوا دعواه الايفاء لرب الدين جوابا للوكيل اقرارا بالدين و بالوكالة والا لما اشتغل بذلك كما اذا طلب من الداين وادعى الايفاء فانه يكون اقرارا بالدين وكما اذا اجاب المدعى ثم ادعى الغلط فى بعض الحدود فانه لايقبل لان جوابه تسليم للحدود كما فى المنح (ولايستحلفه) اى الوكيل (انه مايعلم استيفاء موكله) الدين لانه نائب عن الموكل والنائب لايجرى عليه الحلف خلافا لزفر (بل يتبع) الغريم بعد مادفع المال الى الوكيل (رب الدين ويستحلفه) اى رب الدين (انه مااستوفى) فان حلف بقى الحكم على حاله ولو نكل بطل الحكم فيسترد فيه ما قبض (ولو ادعى البايع على وكيل الرد بالعيب ان موكله رضى به) اى بالعيب (لايؤمر بدفع الثمن قبل حلف المشترى) والفرق بين هذه وماتقدم من مسئلة الدين ان التدارك ممكن هناك باسترداد ماقبض الوكيل اذا ظهر الخطاء عن نكوله فههنا غير ممكن لان القضاء بالفسخ ماض على الصحة وان ظهر الخطاء عند الامام كما هو مذهبه فى العقود والفسوخ ولايستحلف المشترى عنده بعد ذلك لانه لايفيد واما عندهما فيجب ان يتحد الجواب فى الفصلين ولايؤخر لان التدارك ممكن عندهما لبطلان القضاء وقيل الاصح عند ابى يوسف ان يؤخر فى الفصلين وفى المنح فلو ردها الوكيل على البايع بالعيب فى هذه المسئلة فحضر الموكل وصدقه على الرضاء كانت له لا للبايع عند الكل على الاصح (ومن دفع اليه رجل آخر عشرة) دراهم (ينفقها على اهله فانفق عليهم) اى على اهله (عشرة) اخرى (من عنده فهى بها) اى العشرة بالعشرة لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء وحكمه كذلك قيل هذا استحسان وفى القياس وهو قول الائمة الثلاثة ليس له ذلك فيصير متبرعا لانه خالف امره وقيل القياس والاستحسان فى قضاء الدين لانه ليس بشرا واما الانفاق فيتضمن الشراء فلا يدخلانه كما فى الاصلاح وظاهر كلامه انه انفق دراهمه مع بقاء دراهم الموكل ولذا قال فى النهاية هذا اذا كانت عشرة الدافع قائمة وقت الانفاق وكان يضيف العقد اليها او يطلق اما اذا كانت مستهلكة او اضاف العقد الى عشرة نفسه يصير مشتريا لنفسه متبرعا بالانفاق لان الدراهم تتعين فى الوكالة وفى التنوير وصى انفق من ماله ومال اليتيم غائب فهو اى الوصى متطوع فى الانفاق الا ان يشهد على ان ماانفقه قرض عليه او انه يرجع عليه فلايكون متطوعا وله ان يرجع

❁ باب عزل الوكيل ❁

وجه تأخيره ظاهر (للموكل عزل وكيله) عن الوكالة لانها حقه فله ان يبطله (الا اذا تعلق به) اى بالتوكيل (حق الغير كوكيل الخصومة بطلب الخصم) فلا يملك عزله فيصير كالوكالة المشروطة فى عقد الرهن ومال الوقف وفيه اشارة الى انه لو علق وكالته بالشرط ثم عزله قبل وجوده صح وعليه الفتوى كما فى القهستانى والى انه بطل تعليق العزل بالشرط (ويتوقف انعزاله) اى انعزال الوكيل (على علمه) اى علم الوكيل ثم فرعه بقوله (فتصرفه) اى تصرف الوكيل (قبله) اى قبل العلم بانعزاله (صحيح) لان فى انعزاله بغير علم اضرارا به اذ ربما يتصرف على انه وكيل فيلحقه العهدة وكذا لو عزل الوكيل نفسه لايجوز بدون علم الموكل وعند الائمة الثلاثة ينعزل الوكيل بلا علم منه الا فى قول عنهم ولو جحد الموكل الوكالة فقال لم اوكلك لايكون عزلا الا ان يقول والله لا اوكلك بشئ ويثبت العزل من الوكالة بمشافهة كقوله عزلتك واخرجتك عن الوكالة و بكتابته وارساله رسولا عدلا او غير عدل حرا او عبدا صغيرا او كبيرا اذا قال رسول الموكل ارسلنى اليك لا بلغك عزله اياك عن وكالته ولو اخبره فضولى بالعزل فلا بد من احد شرطى الشهاده اما العدد او العدالة وفى الدرر قال وكلتك بكذا على انى متى عزلتك فانت وكيلى فانه اذا عزله لم ينعزل بل كان وكيلا له ويسمى هذا وكيلا دوريا ولو اراد عزله بحيث يخرج عن الوكالة يقول فى عزله عزلتك ثم عزلتك فانه ينعزل ولو قال كلما عزلتك فانت وكيلى لايكون معزولا بل كلما عزل كان وكيلا فاذا اراد ان يعزله يقول رجعت عن الوكالة المعلقة وعزلتك عن المنجزة فح ينعزل لان مالايكون لازما يصلح الرجوع عنه والوكالة منه كما فى التبيين وفى التنوير وكله بقبض الدين ملك عزله ان بغير حضرة المديون وان وكله بحضرته لا الا اذا علم به المديون فلو دفع المديون دينه الى الوكيل قبل علمه بعزله يبرأ (وتبطل الوكالة بموت الموكل) هذا اولى من عبارة الوقاية بموت احدهما لانه قال صاحب الدرر ولما لم يكن لذكر الوكيل هنا فائدة تركته لكن يمكن ان الوكيل لو مات لحق الرد بالعيب لوارثه او وصيه وان لم يكن فللموكل فى رواية ولوصى القاضى فى اخرى كما فى القهستانى فيه فائدة (وجنونه) اى جنون الموكل وكذا جنون الوكيل (مطبقا) اى مستوعبا (وحده) اى حد المطبق (شهر عند ابى يوسف) وكذا عند الامام فى قول وعليه الفتوى كما فى المضمرات (وحول عند محمد) وكذا عند الامام فى قول (وهو المختار) لانه يسقط به جميع العبادات حتى الزكوة فقدر به احتياطا (و)

تبطل (بلحاقه) اى لحاق الموكل (بدار الحرب مرتدا) عند الامام لان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت الوكالة (خلافا لهما) فان تصرفاته نافذة عندهما الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه حتى يستقر امر اللحاق فلو عاد من دار الحرب مسلما ولم يحكم بلحاقه تعود الوكالة عندهم وان حكم ثم عاد تعود الوكالة عند محمد خلافا لابى يوسف كما فى القهستانى وفى المنح فظاهر كلام الكنز وغيره من المتون ان كل وكالة تبطل بموت الموكل وجنونه وليس كذلك بل لابد من استثناء مسائل من هذا الاصل فقال الا اذا وكل الراهن العدل او المرتهن ببيع المرتهن عند حلول الاجل فلا ينعزل بموت الموكل وجنونه كما لو وكيل بالامر باليد والوكيل ببيع الوفاء وتمامه فيه فليراجع (وكذا) تبطل وكالته (بعجز موكله) حال كون الموكل (مكاتبا) اى اذا وكل مكاتب وكيلا بالبيع مثلا ثم صار رقيقا بعجزه عن اداء بدل الكتابة بطل وكالة وكيله لانه وقع تصرفه فى مال الغير بلا امره (وحجره) اى حجر الموكل حال كونه (عبدا مأذونا) ولا فرق فيه بين العلم وعدمه لانه عزل حكمى فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باعه موكله وفى القهستانى وانما فصل بكذا للتنبيه على العامل البعيد لالما ظن ان فى ما بعده لم يشترط علم الوكيل وفيه اشعار بان المكاتب او المأذون اذا وكل رجلا بالقاضى او الخصومة لم تبطل وكالته بالعجز او الحجر كما فى النهاية (و) تبطل الوكالة فى حق من لم يوكل صريحا من الشريكين بسبب (افتراق هذين (الشريكين) عن الشركة اى يثبت عزل الوكيل بافتراقهما ولا يتوقف على علم الوكيل لما مر انه عزل حكمى والعلم شرط للعزل الحقيقى واطلاقه شامل ماذا افترقا ببطلان الشركة بهلاك المالين او احدهما قبل الشراء فتبطل الوكالة ضمنية وماذا وكل الشريكان او احدهما وكيلا للتصرف فى المال فلو افترقا فانعزل فى حق غير الموكل منهما اذا لم يصرحا بالاذن فى التوكيل وتمامه فى البحر فليطالع (وتصرف) هو بالجر اى وكذا تبطل الوكالة بتصرف (الموكل فيما وكل به) تصرفا يعجز الوكيل عن الامتثال به كما اذا وكله باعتاق عبده او كتابته او تزويج امرأة او شراء شئ او طلاق او خلع او بيع عبد فاعتق او كاتب او زوج او طلق ثلثا او واحدة ومضت عدتها او خالعها او باع بنفسه فان الموكل لو فعل واحدا منها بنفسه يعجز الوكيل عن ذلك الفعل فتبطل الوكالة ضرورة حتى ان الموكل اذا طلقها واحدة والعدة قائمة بقيت الوكالة لامكان تنفيذ ما وكل به ولو تزوجها بنفسه وابانها لم يكن للوكيل ان يزوجها منه لزوال حاجته بخلاف ما لو تزوجها الوكيل وابانها

حيث يكون له ان يزوج الموكل لان الحاجة باقية كما في الدرر وفي المنح وتعود الوكالة اذا عاد الى الموكل قديم ملكه فلو وكله بالبيع فباعه الموكل ثم رد عليه بما هو فسخ فالوكيل على وكالته وان رد بما لايكون فسخا لاتعود الوكاله كما لو وكله في هبة شئ ثم وهبه الموكل ثم رجع في هبته لم يكن للوكيل الهبة ولو وكله بالبيع ثم رهنه الموكل اوآجره فسلمه فهو على وكالته في ظاهر الرواية ولو وكله ان يواجر داره ثم آجرها الموكل بنفسه ثم انفسخت الاجارة يعود على وكالته ولو وكله ببيع داره ثم بنى فيها فهو رجوع عنها عند الطرفين لا التجصيص والوصية بمنزلة الوكالة او بقي اثر ملكه كما لو طلق امرأته فهي في العدة فان تصرف الوكيل غير متعذر بان يوقع الثاني في العدة وهي اثر ملكه كما تقدم انتهى لكن في قوله او بقي شيئان الاول انه معطوف على قوله عاد وهو طرف للعود ولاعود في صورة بقاء الاثر والثاني انه يلزم التكرار بما سبق من قوله و بتصرفه بنفسه كما لو طلق امرأته فهي في العدة الى آخره تدبر (ولايشترط في الموت ومابعده) من الجنون واللحاق في دار الحرب والعجز وافتراق الشريكين وتصرف الموكل فيما وكل به (علم الوكيل) لما مر ان العلم شرط للعزل القصدي لا للعزل الحكمي كما في اكثر المعتبرات قال يعقوب باشا وهنا كلام وهو ان في الكافي مسئلة تدل على اشتراط العلم في العزل الحكمي ايضا وتمامه فيه فليطالع

﴿ كتاب الدعوى ﴾

لما كانت الوكالة بالخصومة لاجل الدعوى ذكر الدعوى عقيب الوكالة هي واحدة الدعاوى بفتح الواو وكسرها وبعضهم قال الفتح اولى و بعضهم الكسر اولى ومنهم من سوى بينهما وفي الكافي يقال ادعى زيد على عمرو مالا فزيد المدعي وعمرو المدعى عليه والمال المدعى والمدعى به خطاء والمصدر الادعاء افتعال من دعا والدعوى على وزن فعلى اسم منه والفها للتأنيث فلاينون يقال دعوى باطلة او صحيحة وجمعها دعاوى بفتح الواو لاغير كفتوى وفتاوى والدعوى في الحرب ان يقول الناس يالفلان انتهى ثم اعلم انها مشروعة بالكتاب والسنة واجماع الامة (هي) اى الدعوى في اللغة عبارة عن اضافة الشئ الى نفسه حال المسالمة او المنازعة مأخوذ من قولهم ادعى اذا اضاف الشئ الى نفسه بان قال لي ومنه دعوة الولد وفي الشرع يراد به اضافة الشئ الى نفسه حالة المنازعة لاغير كما في المبسوط وقيل هي في اللغة قول يقصد به الانسان ايجاب حق على غيره وفي الشرع مااختاره المص تبعا للوقاية بقوله (اخبار) عند القاضي اوالحكم فانه شرط كما في الكافي

وغيره (بحق) معلوم فانه شرط (له) اى للمخبر (على غيره) اى على غير المخبر الحاضر لمافى التنوير وغيره وشرطهما مجلس القاضى وحضور خصم ومعلومية المدعى وكونهما ملزمة وكون المدعى مما يحتمل الثبوت فدعوى مايستحيل وجوده باطلة انتهى فعلى هذا اطلاق المص لايخ عن شئ كما فى القهستانى الا ان يقال عدم تقييده بالحضور لكون حضور مجلس القاضى ماخوذا فى مفهوم الدعوى وهى مطالبة حق عند من له الخلاص ولئلا يخرج عن التعريف بلا تكلف الدعوى الصادرة عن صاحب كتاب القاضى الى القاضى فى مجلس القاضى الكاتب فانه دعوى صحيحة حتى يكتب فى الكتاب عقب الاستشهاد بالدعوى الصحيحة الصادرة الى آخره مع انه اخبار بحق له على غيره وليس بحاضر واما عدم تقييده بمجلس القضاء فلانه جعله شرطا وشرط الشئ خارج عن ذلك الشئ تأمل (والمدعى) شرعا (من لايجبر) اى لايكره (على) هذه (الخصومة) اى المخاصمة وطلب الحق فلايشكل بما كان فيه مخاصما من وجه آخر كما اذا قال قضيت الدين بعد الدعوى فانه لايجبر على هذه الخصومة اذا تركها (والمدعى عليه من يجبر) على هذه الخصومة والجواب لكونه منكرا معنى ولو مدعيا صورة ولذا قال محمد فى الاصل المدعى عليه هو المنكر وهو الصحيح اذ لااعتبار للمعانى فلا يشكل بوصى اليتيم فانه مدعى عليه معنى فيما اذا اجبر القاضى على الخصومة لليتيم كما فى القهستانى وانما عرفهما بذلك وعدل عما يقتضى التعريف اشارة الى اختلاف المشايخ فيهما فقيل المدعى من اذا ترك ترك والمدعى عليه خلافه وهذا حاصل ماذكر فى هذا المتن قال ابو المكارم والتعريف المذكور كان عاما صحيحا كما قال فى الهداية لكنه تعريف له بما هو حكمه انتهى وقيل المدعى من لاحجة له عليه والمدعى عليه خلاف هذا ولذا يقال لمسيلمة الكذاب مدعى النبوة ولايقال لرسولنا عليه السلام وقيل المدعى من لايستحق الابينة والمدعى عليه من يكون مستحقا بلا حجة اذ بقوله هولى يكون له على ماكان مالم يثبت المدعى استحقاقه قيل المدعى من يلتمس خلاف الظاهر وهو الامر الحادث والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر كالعدم الاصلى انتهى اذ لايعرض على من له اليد حق المدعى بمجرد دعواه كما لا يعرض الوجود على العدم الاصلى فلم يلزم عليه ماقال بعض الفضلاء ومنهم من قال المدعى من يلتمس خلاف الظاهر ولا يلزم ان يكون امرا حادثا والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر ولايلزم ان يكون عدما اصليا انتهى لان المراد بالامر الحادث كونه محتاجا الى الدليل فى ظهوره ووجوده وبالعدم الاصلى عدم كونه محتاجا اليه اصلا فالمودع الذى يدعى رد الوديعة

الى المودع لايكون مدعيا حقيقة وكذا لايكون المودع بانكاره الرد منكرا حقيقة لانه بانكاره يدعي شغل ذمة المودع معنى وكذا المودع بادعائه الرد ينكر الشغل معنى ليفرغ ذمته عن الضمان فيجبر على الخصومة فيما انكره معنى من الضمان لكونه مدعى عليه فيصدق قوله مع اليمين اذ لا اعتبار للمعاني دون الصور كما في شرح الوقاية لابن الشيخ (ولا تصح الدعوى الا بذكر شيء) اى قول دين او عين (علم جنسه) اى جنس ذلك الدين كالدراهم والدنانير والحنطة وغيرها (وقدره) مثل كذا وكذا درهما او دينارا او كرا قيل لابد ايضا من ذكر وصفه بانه جيد او ردى في دعوى الدين اذ هو يعرف به لان الزام الخصم بالمجهول عند قيام البرهان متعذر وكذا الشهادة والقضاء غير ممكن بخلاف العين كما سيجيء وفيه اشارة الى انه لو كتب صورة الدعوى بلا عجز عن تقريرها لم تسمع كما في القهستاني فان عجز عن الدعوى عن ظهر القلب فكتب فتسمع كما في الخزانة (فان كان) المدعى (دينا) اى حقا في الذمة (ذكر) المدعي (انه يطالبه به) اى ان المدعي يطالب المدعى عليه بالدين لان فائدة الدعوى اجبار القاضي المدعى عليه على ايفاء حق المدعي وليس للقاضي ذلك الا اذا طالبه به فامتنع (وان كان) المدعى (عينا نقليا) اى منقولا (ذكر) المدعي (انها) اى العين (في يد المدعى عليه بغير حق) دفعا لاحتمال ان يكون مرهونا او محبوسا بالثمن في يده قال صدر الشريعة هذه العلة تشمل العقار ايضا فلا ادري ما وجه تخصيص المنقول بهذا الحكم وفي حاشية يعقوب باشا جواب عن طرف صاحب الدرر واعتراض عليه فليطالع (وانه) اى المدعي (يطالبه) اى المدعى عليه (بها) اى بالعين (ولابد من احضارها) اى تكليف احضار العين المنقولة (ان امكن) الاحضار (ليشار اليها) اى الى العين (عند الدعوى وعند الشهادة او الحلف) لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط وذلك بالاشارة في المنقول لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف حتى قالوا في المنقولات التي يتعذر نقلها كالرحى ونحوه حضر الحاكم عندها او بعث امينا كما في البحر وغيره لكن على رواية والا فقوله وان تعذر يذكر قيمتها يغني عنه تدبر وفي المجتبى معزيا الى الاسبيجابي في مسئلة الشاهدين اذا شهدا على سرقة بقرة واختلفا في لونها تقبل الشهادة خلافا لهما ثم قال وهذه المسئلة تدل على ان احضار المنقول ليس بشرط لصحة الدعوى ولو شرط لاحضرت ولما وقع الاختلاف عند المشاهدة في لونها ثم قال وهذه المسئلة الناس عنها غافلون لكن ليس في ذلك دليل على ما ذكر لانها اذا كانت غائبة لا يشترط احضارها والقيمة كافية كما في البحر (وان تعذر) اى تعذر احضار المنقولات بان كانت

هالكة اوغائبه (يذكر قيمتها) ليصير المدعى معلوما بهالان الغائب لايعرف الابالوصف والقيمة قال ابو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة او الانوثة فى الدابة هذا اذا ادعى العين اما اذا ادعى قيمة شئ مستهلك فلا بد من بيان جنسه ونوعه واختلفوا فى بيان الذكورة والانوثة فى الدابة قال العمادى ادعى اعيانا مختلفة الجنس والنوع والصفة وذكر قيمة الكل ولم يذكر قيمة عين على حدة اختلف المشايخ فيه بعضهم شرط التفصيل وبعضهم اكتفى بالاجمال وهو الصحيح لانه لوقال غصب منى عينا كذا ولا ادرى انه هالك اوقائم ولا ادرى كم كانت قيمته ذكر فى عامة الكتب انه تسمع دعواه لان الانسان ربما لايعرف قيمة ماله فلو كلف بيان القيمة لتضرر به كما فى الكافى فان عجز عن ردها كان القول فى مقدار القيمة قول الغاصب فلما صح دعوى الغصب من غير بيان القيمة فلان يصح اذا بين قيمة الكل جملة كان اولى وفى التبيين فاذا سقط بيان القيمة عن المدعى سقط عن الشهود ايضا بل اولى وقيل يشترط ذكر القيمة اذا كانت الدعوى سرقة ليعلم ان السرقة كانت نصابا فاما فيما سوى ذلك فلايشترط كما فى الجامع وفى التنوير وفى دعوى الايداع لابد من بيان مكانه سواء كان له حمل اولا وفى الغصب ان كان له حمل ومؤنة فلا بد من بيان موضع الغصب والالا وفى دعوى المثليات لابد من ذكر الجنس والنوع والصفة والقدر وسبب الوجود (وفى العقار لايحتاج الى قوله بغير حق) كما يحتاج اليه فى المنقول ولكن يذكر ان العقار فى يده لان المدعى عليه لايكون خصما الا اذا كان العقار فى يده فلا بد من اثباته لكن سؤال صدر الشريعة باق على ماقاله يعقوب باشا فى حاشيته ويؤيد مافى القهستانى من قوله ويزيده فى العقار ايضا عند بعض المشايخ كما فى قاضيخان والخزانة وهو المختار عند كثير انتهى لكن اختلف المشايخ فى الفتوى كما سيأتى تتبع (ولا تثبت اليد) اى يد المدعى عليه (فيه) اى فى العقار (بتصادقهما) اى لاتثبت بتصادق المدعى والمدعى عليه على انه فى يده (بل) تثبت اليد فيه (ببينة) بان يشهد الشهود انهم عاينوا فى يده حتى لوقالوا سمعنا ذلك لم تقبل (اوعلم القاضى) انه فى يده لاحتمال كون العقار فى يد غيرهما وقد تواضعا على ذلك بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة فلا حاجة الى البينة ولا الى العلم بل تثبت بتصادقهما (فى الصحيح) احتراز عما قيل ان اليد تصح بالاقرار فلا حاجة الى البينة ولا الى العلم وفى البحر شهدوا انه ملكه ولم يقولوا فى يده بغير حق يفتى بالقبول قال الحلوانى اختلف فيه المشايخ والصحيح انه لاتقبل لانه ان لم يثبت انه فى يده بغير حق لايمكنه المطالبة بالتسليم وبه كان يفتى اكثر المشايخ وقيل يقضى فى المنقول لا فى العقار حتى يقولوا انه

فى يده بغير حق فالصحيح الذى عليه الفتوى انه تقبل فى حق القضاء بالملك لافى حق المطالبة بالتسليم وتمامه فيه فليراجع وفى المنح وليس ماذكر من اشتراط ثبوت اليد فى العقار بالبينة او العلم مطلقا فى جميع الصور بل اذا ادعى المدعى ملكا مطلقا فى العقار اما دعوى الغصب والشراء فلا يشترط ثبوت اليد (ولابد فيه) اى فى العقار (من ذكر البلد والمحلة) وفى الفصولين فى دعوى العقاد لابد ان يذكر بلدة فيها العقار ثم المحلة ثم السكة اختيارا لقول محمد فان مذهبه ان يبدأ بالاعم ثم بالاخص وقيل يبدأ بالاخص ثم بالاعم (و) لابد من ذكر (الحدود الاربعة فى الدعوى والشهادة واسماء اصحابها) اى اصحاب الحدود (ونسبهم الى الجد) ليتميزوا عن غيرهم لان تمام التعريف يحصل به فى الصحيح من مذهب الامام هذا اذا لم يكن مشهورا (وفى الرجل المشهور يكتفى بذكره) لحصول المقصود به (فان ذكر ثلاثة وترك الرابع صح) وقال زفر لا لان التعريف لم يتم ولنا ان للاكثر حكم الكل على ان الطول يعرف بذكر الحدين والعرض باحدهما وقد يكون بثلاثة روى عن ابى يوسف يكفى الاثنان وقيل الواحد (وان ذكره) اى الحد الرابع (وغلط فيه) اى فى الحد الرابع (لا) يصح لانه يختلف المدعى ولا كذلك بتركه وفى المنح وانما يثبت الغلط باقرار الشاهد انى غلطت فيه اما لو ادعاه المدعى عليه لاتسمع ولاتقبل بينته وتمامه فيه فليطالع (واذا صحت) اى اذا جازت وقامت دعوى المدعى برعاية ماسبق (سأل القاضى الخصم) اى المدعى عليه (عنها) اى عن دعواه ليتضح وجه حكمه لان القضاء بالبينة يخالف القضاء بالاقرار ومعنى سؤاله ان يقول خصمك ادعى عليك كذا وكذا فماذا تقول (فان اقر) اى الخصم (حكم عليه) اى على الخصم اى يحكم القاضى بالخروج عن موجب مااقر به لان الاقرار حجة بنفسه فلا يتوقف فى صدقه على الحكم من القاضى ولذا قال فى الاصلاح فان اقر فبها ولم يقل حكم (وان انكر) الخصم انكارا صريحا اوغير صريح كما اذا قال لااقر ولاانكر فانه انكار عندهم وماروى انه اقرار غير ظاهر فيحبس حتى يقر فغلط كما فى القهستانى لكن قال السرخسى وعند ابى يوسف يحبس الى ان يجيب وفى البحر والفتوى على قول ابى يوسف فيما يتعلق بالقضاء كما فى القنية والبزازية فلذا افتيت بانه يحبس الى ان يجيب وتمامه فيه فليراجع (سأل) القاضى (المدعى البينة) فى دعواه (فان اقامها) اى ان اقام المدعى البينة يحكم القاضى على خصمه لانه نور دعواه بالبينة فهى فيعلة من البيان او البين اذ بها يظهر الحق من الباطل و يفصل بينهما (والا) اى وان لم يقمها بل عجز عن اقامتها (حلف) اى حلف القاضى (الخصم)

وهو المدعى عليه (ان طلب خصمه) اى طلب المدعى تحليف المدعى عليه لانه عليه السلام قال للمدعى الك بينة فقال لا وقال فلك يمينه فقال يحلف ولايبالى فقال عليه السلام ليس لك الا هذا شاهداك او يمينه فصار اليمين حقا لاضافته اليه بلام التمليك قيد بتحليف القاضى لان المدعى عليه لو حلف بطلب المدعى يمينه بين يدى القاضى من غير استحلاف القاضى فهذا ليس بتحليف لان التحليف حق القاضى فلو برهن عليه تقبل والا يحلف ثانيا عند القاضى فلا يحلف قبل طلبه عند الطرفين فى جميع الدعاوى وكذا عند ابى يوسف الا فى مسائل فى الرد بالعيب يحلف المشترى بالله مارضيت بالعيب والشفيع بالله ماابطلت شفعتك والمرأة اذا طلبت فرض النفقة على زوجها الغائب تحلف بالله ماخلف لك زوجك شيئا ولا اعطاك النفقة والمستحق يحلف بالله مابعت واجمعوا على ان من ادعى دينا على الميت يحلفه القاضى بلا طلب الوصى والوارث (فان حلف) المدعى عليه (انقطعت الخصومة حتى تقوم البينة) اى اذا حلف المدعى عليه فالمدعى على دعواه ولايبطل حقه بيمينه الا انه ليس له ان يخاصمه مالم يقم البينة على وفق دعواه فان اقامها بعد الحلف تقبل قال عليه السلام اليمين الفاجرة احق ان ترد بالبينة العادلة ولان طلب اليمين لايدل على عدم البينة لاحتمال انها غائبة اوحاضرة فى البلد ولم تحضر ولان اليمين بدل البينة فاذا قدر على الاصل بطل حكم الحلف فلا عبرة لما قاله بعض الفقهاء من ان البينة لاتسمع بعد اليمين كما فى الدرر وغيره (وان نكل) عن اليمين (مرة) اى قال لا احلف (اوسكت بلا افة) من خرس اوطرش اوغيره فان السكوت بلا آفة نكول حكما هو الصحيح كما فى السراج (فقضى) اى قضى القاضى له عليه بالمال (بالنكول) اى بسبب الامتناع عنه (صح) ذلك القضاء لان النكول دل على كونه باذلا اومقرا اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب دفعا للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب على جانب التورع فى نكوله (وعرض اليمين) عليه (ثلثا) بان يقول له فى كل مرة انى اعرض عليك اليمين فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه (ثم القضاء) على تقدير نكوله (احوط) لما فيه من المبالغة فى الانظار ولاعبرة بعد القضاء بقوله احلف لانه ابطل حقه بالنكول فلا ينتقض به القضاء ويعتبر قوله احلف قبل الحكم ولو بعد العرض ثلثا وفيه اشعار بانه لابد ان يكون النكول فى مجلس القضاء واتصل القضاء به وبدونه لايوجب شيئا كما فى التبيين وفى المجتبى يشترط ان يكون القضاء على فور النكول عند بعض المشايخ وقال الخصاف لايشترط حتى لو استمهله بعد العرض يوما او يومين اوثلاثة فلا بأس به وهو قول الائمة

الثلاثة وفي المنح ولم ارفيه ترجيحا وفي البحر واما المذهب فانه قضى بالنكول بعد العرض مرة واحدة وهو الصحيح والاول اولى انتهى (ولا ترد يمين على مدع) اذا نكل المدعى عليه عن اليمين وعند الائمة الثلاثة ترد عليه عند نكوله فان حلف قضى له والا لا (ولا يقضى بشاهد و يمين) وقال الشافعي لو اقام المدعي شاهدا واحدا وعجز عن الآخر ترد اليمين على المدعي فان حلف قضى له والا لا لان النبي عليه السلام قضى بشاهد ويمين ولنا قوله صلى الله عليه وسلم البينة للمدعي واليمين على من انكر وهذا الحديث مشهود كان كالمتواتر وحديث الشاهد واليمين غريب ضعفه الطحاوي واول من قضى به معاوية رض ولم يقع العمل به الى زمانه لعدم الحاجة اليه حتى لو قضى القاضي به لا ينفذ (ولا يحلف في نكاح) اى نفس النكاح او الرضى به او الامر به فلو ادعى احد من الزوجين بلا بينة نكاحا على الآخر وهو منكره (ورجعة) بان يدعى احد الزوجين بعد العدة على الآخر انه راجعها في العدة والآخر ينكرها فان ادعى الرجعة في العدة يثبت بقوله في الحال كما في القهستاني (وفيء وايلاء) كما في نسخة المص لكن الاولى كما في سائر المتون وفيء ايلاء بدون الواو اى في الرجوع في مدة الايلاء بان يدعى احدهما على الآخر بعد مدة الايلاء انه فاء ورجع اليها في مدته والآخر منكر وفي القهستاني فان اختلفوا قبل المدة ثبت الفيء بقوله (واستيلاد) اى طلب ولد بان يدعى احد من الامة والمولى او الزوجة والزوج انها ولدت منه ولدا حيا او ميتا كما في قاضيخان لكن في المشاهير ان دعوى الزوج والمولى لم يتصور لان النسب ثبت باقراره ولا عبرة لانكارها بعده و يمكن ان يقال انه بحسب الظاهر لم يدع النسب كما دل عليه تصويرهم كما في القهستاني (ورق) بان ادعى رجل على مجهول الحال انه رقه او ادعى المجهول انه سيده وانكر الآخر (ونسب) بان ادعى ان هذا ولده او والده اوهو يدعى عليه والآخر ينكر (وولاء) سواء كان ولاء العتاقة او ولاء الموالاة بان يدعى احد من المعروف والمجهول على الآخر انه معتقه او مولاه فلا يحلف عند الامام في هذه الامور لان المقصود من الاستحلاف القضاء بالنكول والنكول جعله بذلا واباحة صيانة عن الكذب الحرام والبذل لا يجري في هذه الامور (وعندهما) وهو قول الائمة الثلاثة (يحلف) لان النكول اقرار والظاهر انه يحلف على تقدير صدقه فاذا امتنع عنه ظهر انه غير صادق في انكاره اذ لو كان صادقا لاقدم عليه ولما كان النكول اقرارا فالاقرار يجري في هذه الاشياء فيستحلف على صورة انكار المنكر لا على دعوى المدعي حتى ان نكل يقضى بالنكول (وبه) اى بقول الامامين (يفتى)

كما فى قاضيخان وهو اختيار فخرالاسلام على البزدوى معللا بعموم البلوغ وفى النهاية قال المتأخرون ان المدعى اذا كان متعنتا يأخذ القاضى بقولهما وان مظلوما بقوله (ولا) يستحلف (فى حد) اتفاقا هو خالص حق الله تعالى كحد الزنا والشرب والسرقة اومغلب حقه تعالى كحد القذف فان حق العبد فيه مغلوب فلو ادعى احد على احد قذفه بالزنا فانكر لم يحلف الا اذا تضمن حقا بان علق عتق عبده بالزنا وقال ان زنيت فانت حر فادعى العبد انه قد زنى ولا بينة عليه يستحلف المولى حتى اذا نكل يثبت العتق دون الزنا ذكره الزيلعى وصححه الحلوانى خلافا للسرخسى (و) لا فى (لعان) ايضا بالاتفاق اذا ادعت المرأة على زوجها انه قذفها قذفا يوجب اللعان وانكر الزوج لان اللعان قائم مقام حد الزنا فى جانب الزوج فلا يثبت بالنكول الذى هو اقرار مع شبهة (والسارق يحلف) بالاتفاق عند ارادة اخذ المال ويقول فيه بالله تعالى ماله عليك هذا المال وعن محمد ان القاضى يقول للمدعى ماذا تريد فان قال اريد القطع يقول فى جوابه ان الحدود لا يستحلف فيه وان قال اريد المال يقول له دع دعوى السرقة وادع المال (فان نكل) عن الحلف (ضمن) المال (ولا يقطع) لان النكول اقرار مع شبهة فيعمل فى الضمان دون القطع كما اذا شهد رجل وامرأتان على السرقة والمال تقبل فى المال دون القطع (ويحلف الزوج ان ادعت) الزوجة (طلاقا) بلا بينة لها عليه (قبل الدخول اجماعا) لان مقصودها المال والاستحلاف يجرى فى المال بالاجماع (فان نكل ضمن) الزوج (نصف المهر) وانما وضع المسئلة فى الطلاق قبل الدخول لانه لو اطلق ينصرف الى الطلاق الذى يلزم منه المهر تاما ويبقى امر الطلاق الذى يلزم منه نصف المهر مستورا فكشفه اولى مع ان لزوم الحلف فى الطلاق بعد الدخول بطريق الاولى فانه اذا استحلفه قبل تأكد المهر فبعده اولى (وكذا) يحلف (فى النكاح اذا ادعت) المرأة (مهرها) وانكر الزوج فلو نكل يلزم المهر ولا يثبت النكاح عند الامام بخلاف الطلاق وكذا اذا ادعت النفقة بالنكاح يستحلف فان نكل يلزم النفقة دون النكاح (وفى النسب) اى يحلف فى دعوى النسب (ان ادعى حقا كارث ونفقة) بان ادعى رجل على رجل انه اخوه مات ابوهما وترك مالا فى يد المدعى عليه اوطلب من القاضى فرض النفقة على المدعى عليه بسبب الاخوة فانه يستحلف على النسب بالاجماع فان حلف برئ وان نكل قضى بالمال والنفقة لا النسب ان كان النسب نسبا لا يصح الاقرار به وان كان نسبا يصح الاقرار به فعلى الخلاف (وغيرهما)

كالجربان كان صبي في يد رجل التقطه وهو لايعبر عن نفسه فادعت امرأة حرة الاصل انه اخوها تريد قصر يد الملتقط لما لها من حق الحضانة وارادت استحلافه فنكل ثبت لها حق نقل الصبي الى حجرها ولا يثبت النسب وكذا العتق بسبب الملك بان ادعى عبد على مولاه انه عتق لانه اخوه اواراد الواهب الرجوع في الهبة فقال الموهوب له انا اخوك فان المدعى عليه يستحلف على مايدعى بالاجماع (وفي القصاص) اى يحلف جاحد القود في النفس والاطراف بالاتفاق (فان نكل في) دعوى (النفس) لم يقتص منه بل (حبس حتى يقر) فيقتص منه (او يحلف) فيطلق عن الحبس والا يحبس ابدا (وان) نكل (فيما دونها) اى النفس (يقتص) منه وهذا عند الامام لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال ولهذا ابيح قطعها للحاجة ولم يجب على القاطع الضمان اذا قطعها بامر صاحبها بخلاف النفس فانه لو قتله بامره يجب عليه القصاص في رواية والدية في اخرى واذا سلك بالاطراف مسلك الاموال يجرى فيه البذل كما يجرى في الاموال كما في اكثر المعتبرات وما قاله ابو المكارم من انه يتوجه عليه حينئذ لزوم قطع يد السارق بالنكول وقد مرانه لايقطع ليس بوارد لان قود الطرف حق العبد فيثبت بالشبهة كالاموال بخلاف القطع في السرقة فانه خالص حق الله تعالى وهو لا يثبت بالشبهة فظهر الفرق بينهما تدبر (وعندهما يضمن الارش فيهما) اى في صورتى دعوى النفس والاطراف لان النكول اقرار عندهما لكن فيه شبهة البذل فيمتنع في الطرف بما فيه شبهة القصاص كما في النفس فيجب المال فيهما لتعذر القصاص خصوصا اذا كان امتناع القصاص بمعنى من جهة من عليه كما اذا اقر بالخطاء والولى يدعى العمد وعند الائمة الثلاثة يقتص فيهما بعد حلف المدعى على انه صادق في دعواه بناء على مامر من اصلهم (فان قال المدعى لى بينة حاضرة) في المصر (وطلب يمين خصمه لا يحلف) عند الامام وهو الصحيح كما في المضمرات وغيره وقال ابو يوسف يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف فاذا طالبه يجيبه وللامام ان ثبوت اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة بما روينا فلا يكون حقه دونه ومحمد مع ابى يوسف فيما ذكره الخصاف ومع الامام فيما ذكره الطحاوى كما في اكثر المعتبرات فعلى هذا ينبغي للمص ان يذكر الخلاف تدبر قيدنا بالمصر لانها لو كانت في مجلس الحكم لايحلف بالاتفاق وان كانت خارج المصر يحلف بالاتفاق وفي المجتبى وقدرت الغيبة بمسيرة السفر وفي المنح وحضورها في المصر وظاهر ما في خزانة المفتين خلافه فانه قال الاستحلاف يجرى في الدعاوى الصحيحة اذا انكر المدعى عليه ويقول المدعى لاشهود لى اوشهودى غيب

او مرضى وفى البحر ادعى المدون الايصال فانكر المدعى ولا بينة له فطلب يمينه فقال المدعى اجعل حقى فى الختم ثم استحلفنى فله ذلك فى زماننا (ويكفل) من التكفيل (بنفسه) اى يؤخذ من المدعى عليه كفيل بنفسه كيلا يغيب فيضيع حقه استحسانا والقياس ان لا يكفل قبل اقامة البينة وهو مذهب الشافعى ويجب ان يكون الكفيل معروفا ثقة ولا يتوهم اختفاؤه بان يكون له دار وحانوت ملكا له وله ان يطالب وكيلا بالخصومة حتى لو غاب الاصيل يقيم البينة على الوكيل فيقضى عليه وصح ان يكون كفيلا ووكيلا وان اعطاه فله ان يطالبه بالكفيل بنفس الوكيل وان كان المدعى منقولا فله ان يطالبه مع ذلك كفيلا بالعين ليحضرها ولا يغيبه المدعى عليه وان كان عقارا لا يحتاج الى ذلك وفيه اشارة الى ان القاضى يكفله ولو لم يطلبه المدعى وهذا اذا كان المدعى جاهلا بالخصومة واما اذا كان عالما فلا يكفله القاضى بلا طلبه (ثلثة ايام) هذا مروى عن الامام وهو الصحيح كما فى الكافى وغيره وصحح فى الخانية انه الى جلوس القاضى مجلسا آخر وقيل يفوض الى رأى القاضى وهو الاشبه برأى الامام ولا فرق فى الظاهر بين الوجيه والحقير وكذا بين القليل من المال والكثير وعن محمد ان الخصم ان كان بحيث لا يخفى نفسه بهذا القدر لا يجبر على اعطاء الكفيل قيد بقوله لى بينة حاضرة للتكفيل ومعناه فى المصر حتى لو قال المدعى لا بينة لى اوشهودى غيب لا يكفل اذ لا فائدة فيه بل يحلف فاذا حضر بعد ما حلف تقبل بينة المدعى وكذا لو قال المدعى لا بينة لى وطلب يمين خصمه فحلفه القاضى فقال لى بينة فان القاضى يقبل ذلك منه وقيل لا تقبل وفى البحر ادعى القاتل ان له بينة حاضرة على العفو اجل ثلاثة ايام فان مضت ولم يأت بالبينة وقال لى بينة غائبة يقضى بالقصاص قياسا كالاموال وفى الاستحسان يؤجل استعظاما لامر الدم (فان ابى) عن اعطاء الكفيل (لازمه) مقدار مدة التكفيل (ودار معه) اى مع الغريم (حيث دار) تفسير الملازمة وفى البحر نقلا عن الصغرى رأيت فى زيادات بعض المشايخ ان الطالب لو امر غيره بملازمة مديونه فالمديون ان لا يرضى عند الامام خلافا لهما وجعله فرعا لمسئلة التوكيل بغير رضى الخصم لكن لا يحبسه فى موضع لان ذلك حبس وهو غير مستحق عليه بنفس الدعوى ولا يشغله عن التصرف بل هو يتصرف والمدعى يدور معه واذا انتهى المطلوب الى داره فان الطالب لا يمنعه من الدخول الى اهله بل يدخل المطلوب الى اهله والملازم على باب داره (وان كان) المطلوب (غريبا يكفل او يلازم قدر مجلس القاضى) الى ان يقوم من مجلسه لان فى اخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك اضرارا به يمنعه عن السفر ولا ضرر فى هذا

المقدار ظاهرا فان برهن فى المجلس قبهما والا يحلفه ان شاء او يدعه (واليمين بالله تعالى لا بطلان وعتاق) لقوله عليه الصلوة والسلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله اوليذر (وقيل ان الح الخصم صح) اليمين (بهما) اى بالطلاق والعتاق (فى زماننا) لقلة المبالاة باليمين بالله تعالى كما فى الهداية لكن لا يقضى عليه بالنكول لانه نكل عما هو منهى عنه شرعا حتى لو قضى لا ينفذ وانما اتى بصيغة التمريض لان اكثر مشايخنا لم يجوزه وفى الفتوى على عدم التحليف بالطلاق والعتاق وهو ظاهر الرواية وفى الحاوية ومنهم من جوزه فى زماننا والصحيح مافى ظاهر الرواية انتهى (وتغلظ) اليمين (بذكر صفاته تعالى) اى صفات الله تعالى مثل قوله والله الذى لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة هو الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية مالفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذى ادعاه وهو كذا وكذا ولا شئ منه (ان شاء القاضى) لان احوال الناس شتى فمنهم من يمتنع عن اليمين بالتغليظ ويتجاسر عند عدمه فتغلظ عليه لعله يمتنع بذلك والاختيار فى صفة التغليظ الى القاضى يزيد فيه ما شاء وينقص ما شاء الا انه يحتاط (و يحترز من التكرر) اى يحترز عن عطف بعض الاسماء على البعض والا لتعدد اليمين ولو امره بالعطف فاتى بواحدة ونكل عن الباقى لا يقضى عليه بالنكول لان المستحق يمين واحدة وقد اتى بها ولو لم تغلظ جاز وقيل لا تغلظ على المعروف بالصلاح وقيل تغلظ فى الخطير من المال دون الحقير (لا) تغلظ (بزمان) على المسلم بان يستحلف فى اول الجمعة او آخرها او ليلة القدر لان فيه تأخير المدعى (او مكان) بان يستحلف مسجد الجامع عند المنبر لان المراد هو اليمين بالله تعالى والزيادة عليها زائدة على النص وفى الحاوى القدسى ولا يستحب تغليظ اليمين بهما انتهى وظاهره انه مباح لانه نفى الاستحباب وهو لا يستلزم نفى الاباحة بخلاف العكس لكن قال الزيلعى فلا يشرع تدبر وعند الائمة الثلاثة يجوز ان تغلظ بهما ايضا ان كانت اليمين فى قسامة ولعان ومال عظيم (و يحلف اليهودى بالله الذى انزل التورية على موسى عليه السلام و) يحلف (النصرانى بالله الذى انزل الانجيل على عيسى عليه السلام) فتؤكد اليمين بذكر المنزل على نبيهما (و) يحلف (المجوسى بالله الذى خلق النار) لانهم يعظمون النار تعظيم العبادة فتؤكد بما يعتقدونه ليعيد فائدة اليمين وقيل ان المجوسى حلف بالله لا غير كما لا يستحلف بالله الذى خلق الشمس لان ذكر النار مع الله تعالى يشعر تعظيمها وما ينبغى ان تعظم بخلاف الكتابين لان كتب الله معظمة وعن الامام انه لا يستحلف احدا الا بالله خالصا (و) يحلف (الوثنى بالله) فحسب اذ هو ر الله تعالى

انه خالقه لان الكفرة باسرهم يعتقدون الله تعالى قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلقهم ليقولن الله كذا قالوا وفى المنح وغيره ويشكل عليه ان الدهرية منهم لا يعتقدونه ولا دلالة فى الآية على ماذكر لان الوثنى يعبد غير الله تعالى ويعتقدان الله تعالى خالقه انتهى لكن يمكن ان الدهرى هو من يقول بقدم الدهر وباسناد الحوادث اليه ويقولون ان مبدأ الممكنات هو الله تع كما قيل فلم يلزم عدم اعتقاد الله تعالى وعدم دلالة النص ولان الدهرى يعتقدون الدهر القديم هو الله تعالى فلم يلزم عدم اعتقادهم تأمل (ولا يحلفون) اى الكفار (فى معابدهم) لان فيه تعظيما لها والقاضى ممنوع عن ان يحضرها وكذا امينه لانها مجمع الشياطين لا انه ليس له حق الدخول وفى البحر وقد افتيت بتعزير مسلم لازم الكنيسة مع اليهود (و) يحلف (المدعى عليه على الحاصل) هذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو الحلف على الحاصل والسبب والضابط فى ذلك ان السبب اما ان كان مما يرتفع برافع اولا فان كان الثانى فالتحليف على السبب بالاجماع وان كان الاول فان تضرر المدعى بالتحليف على الحاصل فكذلك وان لم يتضرر يحلف على الحاصل عند الطرفين وعلى السبب عند ابى يوسف كما سيأتى ثم شرع فى تفصيله فقال (ففى البيع والنكاح) يحلف (بالله ما بينكما بيع قائم) فى الحال اذا ادعى انه اشتراه (اونكاح قائم فى الحال) اذا ادعت النفقة فلو ادعت النكاح كان المثال على مذهبهما فى التحليف واما عند الامام لا يحلف كما مر (وفى الطلاق) بالله (ماهى باين منك الآن) اذا ادعت الطلاق الباين فلو ادعت رجعيا حلف على السبب لكنه خلاف الظاهر فانه يحلف على الحاصل فى الظاهر وفيه اشعار بان سبب الحاصل كما يتحقق فى ضمن فعل العقد يتحقق فى ضمن فعل آخر من الافعال الحسية كما فى القهستانى (وفى الغصب) بالله (ما يجب عليك رده) اى رد المغصوب (وفى الوديعة) بالله (ماله هذا الذى ادعاه فى يدك وديعة ولا شئ منه) اى من الذى فى يدك (ولاله قبلك حق) وفى الاختيار ويحلفه فى الدين بالله ماله عليك من الدين والقرض قليل ولا كثير لاحتمال انه ادى البعض اوابرأه منه فلا يحنث فى يمينه على الجميع (لا) يحلف (على السبب نحو) ان يقول فى البيع (بالله ما بعته) لاحتمال انه باع ثم اقال ولا يحلف فى النكاح بالله ما نكحت لاحتمال انه نكحها ثم خالعها اوابانها ولا يحلف فى الطلاق بالله ماطلقتها لاحتمال انه طلقها ثم نكحها ولا يحلف فى الغصب بالله ماغصبته لاحتمال انه غصب ثم سلم اوملك بالهبة او بالبيع ولا يحلف فى الوديعة بالله ما اودعتك هذا لاحتمال انه اودعه ثم رده اوهلك فى يده بغير صنعه وفى هذه

الصور لايحلف عند الطرفين على السبب فلو حلف يتضرر المدعى عليه لانه لوحلف مثلا على نفى البيع يكون كاذبا ولولم يحلف يجب عليه تسليم المبيع العائد الى ملكه بالاقالة وهكذا فى البواقى (خلافا لابى يوسف) فان عنده يحلف على السبب فى جميع ذلك لان اليمين تستوفى لحق المدعى فوجب ان يكون اليمين موافقة لدعواه والمدعى هو السبب الاعد تعريض المدعى عليه بان قال للقاضى لاتحلفنى فان الانسان قد يبيع شيئا ثم يقيله فح يحلف القاضى على الحاصل قيل ينظر الى انكار المدعى عليه فان انكر السبب يحلف على السبب وان انكر الحكم يحلف على الحاصل وعليه اكثر القضاة وقال فخر الاسلام يفوض الى رأى الحاكم كما فى الكافى وغيره (فان كان) والانسب بالواو (فى الحلف على الحاصل ترك النظر لمدعى حلف على السبب اجماعا) رعاية لجانبه (كدعوى الشفعة بالجوار ونفقة المبتوتة والخصم لايراهما) اى لايرى الشفعة بالجوار ونفقة المبتوتة بان كان شافعيا فانه يحلف على السبب بالله مااشتريت هذه الدار وماهى معتدة منك اذلو حلف على الحاصل بالله لاتجب الشفعة عليك و بالله لاتجب عليك النفقة يصدق فى يمينه فى اعتقاده فيفوت النظر فى حق المدعى لايقال ان المدعى عليه قد يتضرر ببطلان الشفعة بتأخير الطلب لانه لابد للقاضى من الاضرار باحدهما والاولى بالضرر المدعى عليه لانه متمسك بعارض السقوط والمدعى بالاصل حيث اثبت حقه بالسبب الموجب له من الشراء فيجب التمسك بالاصل حتى يقوم الدليل على العارض (وكذا) يحلف على السبب اجماعا (فى سبب لايرتفع) برافع بعد ثبوته (كعبد مسلم يدعى العتق) اى العتق الواقع فى اسلامه على مولاه وهو ينكره (فيحلف على السبب بالله مااعتقه) ليوافق اليمين الدعوى وليس فيه ضرر المدعى عليه اذلا يتصور عوده الى الرق لانه اذا ارتد يقتل والهرب الى دار الحرب نادر الاانه رواية عن ابى يوسف وفى الاختيار ومن الافعال الحسية ان يدعى على غيره انه وضع على حائطه خشبة او بنى عليه اواجرى ميزابا على سطحه اوفى داره اورمى ترابا فى ارضه اوشق فى ارضه نهرا فانه يحلف على السبب بالله مافعلت كذا لان هذه الاشياء لاترتفع (بخلاف) العبد (الكافر والامة) فيحلف على الحاصل بالله ماهو حر اوماهى حرة الآن لان الرق يتكرر على الامة بالردة واللحاق والسبى وعلى العبد الكافر بنقض العهد واللحاق والسبى وعن ابى يوسف يحلف على السبب وتمامه فى الذخيرة (ومن ورث شيئا) من عين علم ذلك بعلم القاضى اواقرار المدعى او بينة المدعى عليه (فادعاه آخر) ولا بينة للمدعى واراد تحليف الوارث (حلف على العلم) اى علم

المدعى عليه فقال له القاضى بالله ماتعلم ان هذا العين له لا على البتات لان الوارث لايعلم بما صنعه المورث وفيه ايماء الى انه لايحلف وارث الدين قبل وصوله اليه خلافا للخصاف والاول المختار عند الفقيه وقاضيخان والى انه لولم يتحقق كونه ميراثا حلف على البتات لتحقق سببه من كون العين فى يده كما فى القهستانى (وان شراه او وهب له فعلى البتات) اى يحلف المدعى عليه على البتات بالله ماهو عبده والاصل فيه ان التحلف على فعل نفسه يكون على البتات اى انه ليس كذلك والبتات القطع والتحليف على فعل غيره على العلم اى انه لايعلم انه كذلك الا انه اذا كان شيئا يتصل بالحالف كما اذا ادعى سرقة العبد او اباقه يحلف البايع على البتات بالله ما ابق او ماسرق فى يدى وهذا تحليف على فعل الغير وانما صح لان تسليمه سالما عن العيوب واجب على البايع فالتحليف يرجع على ما ضمن البايع بنفسه فيكون على البتات واذا ادعى سبق الشراء يحلف خصمه على العلم اى انه لايعلم انه اشتراه قبله كما فى المنح وغيره (ولو افتدى المنكر يمينه او صالح عنها) اى عن اليمين (على شئ صح) الافتداء والصلح ان رضى به الخصم لان عثمان رضى الله عنه اعطى شيئا لمن ادعى عليه اربعين درهما وافتدى يمينه ولم يحلف اذلو حلف لوقع على القيل والقال اذالناس بين التصديق والتكذيب على كل حال فاذا افتدى صان عرضه لقوله عليه السلام ذبوا عن اعراضكم باموالكم بمعنى ارفعوا وامتنعوا (ولا يحلف بعده) اى ليس للمدعى ان يحلف بعد ذلك لانه اسقط حقه باخذ البدل منه وفيه اشعار بانه لايجوز ان يبيع اليمين لانها لم يكن مالا فله ان يستحلفه بعد ذلك وفى التنوير ولو اسقطه اى اليمين قصدا بان قال برئت من الحلف او تركته عليه اووهبته لا يصح وله التحليف

باب التحالف

لما ذكر حكم يمين الواحد ذكر حكم يمين الاثنين اذ الاثنين بعد الواحد (ولو اختلفا) اى المتبايعان (فى قدر الثمن) بان قال المشترى اشتريت بالف وقال البايع بعت بالفين مثلا (او فى) قدر (المبيع) بان قال البايع بعت عبدا وقال المشترى عبدين وكذا الحكم لو اختلفا فى وصف الثمن او فى الجنس كما فى الهداية فعلى هذا لو حذف القدر لكان اشمل (او فيهما) اى فى الثمن والمبيع جميعا بان قال البايع بعت عبدا بالفين وقال المشترى لابل بعت عبدين بالف (حكم لمن برهن) اى يحكم القاضى لمن اقام البينة منهما لان الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها اذ هى متعدية حتى توجب القضاء فلا يعارضها مجرد الدعوى

(وان برهنا) اى اقام كل منهما البينة بما ادعاه (فلمثبت الزيادة) اى يحكم لمثبت الزيادة لانه خالص عن العارض اما اذا كان الاختلاف فى احدهما فظاهر واما فيهما فحجة البايع فى الثمن الاكثر وحجة المشترى فى المبيع الاكثر اولى فيحكم بعبد ين للمشترى و بالفين للبايع (وان عجزا) اى البايع والمشترى (عن) اقامة (البرهان قيل لهما اما ان يرضى احدكما بدعوى الآخر والافسخنا البيع) لان المقصود قطع المنازعة وهذا وجه فى طريق قطع المنازعة فيجب ان لايعجل القاضى بالفسخ (فان لم يرض) والانسب بالواو (احدهما بدعوى الآخر تحالفا) اى استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى صاحبه فان قال قبل القبض فهو قياسى لان كلامنهما منكر واما بعده فاستحسانى فقط لان المشترى لايدعى شيئا لان المبيع سالم بقى دعوى البايع فى زيادة الثمن والمشترى ينكره فيكتفى بحلفه لكن عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا كما فى البحر وغيره لكن مافى القهستانى نقلا عن المضمرات من ان التحالف يصح قبل قبض المبيع وهذا استحسان فان المشترى ينكر وجوب تسليمه والقياس ان يصح لانه ملك المبيع ولا يصح بعدقبضه قياسا واستحسانا مخالف لما فى البحر وغيره تتبع وانما قال المص فان لم يرض احدهما ولم يقل وان لم يرضيا كما فى الكنز وغيره لان شرط التحالف عدم رضى واحد لاعدم رضى كل منهما كما لايخفى كما فى البحر وغيره فعلى هذا ماقاله صاحب الفرائد من انه كان المناسب وان لم يرضيا الى آخره ليس بوارد تدبر (و بدئ) اى يبدأ القاضى (بيمين المشترى) فى الصور الثلث لو بيع عين بدين هذا قول محمد وزفر وابى يوسف آخرا وهو رواية عن الامام وهو الصحيح لانه اقواهما انكارا لانه المطالب بالثمن فيكون هو البادى بالانكار وكان ابو يوسف يقول اولا يبدأ بيمين البايع وهو قول الشافعى فى الاصح وقيل يقرع بينهما هذا اذا كان بيع عين بدين وان كان بيع عين بعين او ثمن بثمن فالقاضى مخير للاستواء وعن هذا قال (وفى المقايضة) اى فى بيع العين بالعين يبدأ القاضى (بايهما شاء) لاستوائهما فى فائدة النكول وصفة اليمين ان يحلف البايع بالله ماباعه بالف و يحلف المشترى بالله مااشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى النفى تأكيدا والاصح الاقتصار على النفى لان الايمان وضعت للنفى كالبينات للاثبات (ومن نكل) من البايع والمشترى (لزمه دعوى صاحبه) بالقضاء لان النكول اما بدل واما اقرار فيه شبهة فبتقوية القضاء يكون حجة ملزمة (وان حلفا) اى المتبايعان (فسخ القاضى البيع بطلب احدهما) او كليهما فلا ينفسخ البيع بنفس التحالف

وقيل ينفسخ والاول هو الصحيح لانه لم يثبت مادعاه كل واحد منهما فيبق بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة او يقال اذا لم يثبت البدل بقي بيعا بلا بدل وهو فاسد ولابد من الفسخ فى فاسد البيع فلو كان المبيع جارية وطئها ولو فسد بنفس التحالف لم يحل له وقيد بطلب احدهما لانه لايفسخه بدون طلب احدهما ولو فسخاه انفسخ بلا توقف على القاضى وان فسخ احدهما لايكفى كما فى البحر (ولاتحالف لو اختلفا فى الاجل) سواء كان فى الاجل او فى قدره خلافا لزفر والشافعى (او) اختلفا (فى شرط الخيار) سواء كان فى وجوده بان قال احدهما البيع بالخيار والآخر ينكره اوفى مدته (او قبض بعض الثمن او كله) اى لاتحالف عند اختلافهما بان قال المشترى اديت بعضه اوكله والبايع ينكره (وحلف المنكر) فى الصور الثلث لان هذا اختلاف فى اداء الثمن لافى الثمن كما اذا وقع الاختلاف فى اداء جميع الثمن يحلف المنكر فحسب بخلاف الاختلاف فى وصف الثمن او جنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف فى القدر فى جريان التحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن لان الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الاجل لانه ليس بوصف (ولا) تحالف لو اختلفا فى قدر الثمن (بعد هلاك) كل (المبيع) فى يد المشترى لانه لانه لو هلك فى يد البايع تحالفا على القائم عندهم (وحلف المشترى) عند الشيخين على الصحيح هذا اذا كان الثمن دينا واما اذا كان عينا يتحالفان بالاتفاق لان المبيع فى احد الجانبين قائم ثم يرد مثل الهالك ان كان له مثل وقيمته ان لم يكن وهذا اذا هلك بعد القبض وان هلك قبله وكان الثمن مقبوضا يتحالفان اتفاقا (وعند محمد) والشافعى (يتحالفان ويفسخ) العقد (وتلزم القيمة) اى قيمة الهالك يوم القبض لان كلا منهما يدعى حقا ينكره الآخر فيتحالفان ولهما ان التحالف بعد قبض المبيع بخلاف القياس ولا يتعدى الى حال هلاك السلعة وفى القهستانى نقلا عن المبسوط وهلاكه شامل لخروجه عن ملك المشترى اوزيادته زيادة متصلة متولدة او غير متولدة او منفصلة متولدة فانه لايتحالفان عندهما ويتحالفان عنده فيفسخ على العين فى المتصلة المتولدة من الاصل كالسمن وعلى العين او القيمة فى متصلة غير متولدة منه كالصبغ وعلى القيمة فى المنفصلة المتولدة كالثمر واما فى منفصلة غير متولدة منه كالكسب فيتحالفان ويفسخ على العين بالاجماع (وكذا الخلاف لو تعذر الرد وهو) اى المبيع (قائم) يعنى لو تغير بحدوث العيب عنده وصار بحال لايقدر على رده مع العيب ثم اختلفا فى الثمن لايتحالفان عندهما بل القول للمشترى وعند محمد والشافعى يتحالفان فيفسخ البيع على قيمة الهالك وكذا

لو خرج المبيع عن ملكه (ولاتحالف بعد هلاك بعضه) اى بعض المبيع بعد قبض الجميع عندالامام كعبدين مات احدهما قبل نقدالثمن عندالمشترى فقال البايع الثمن الف وقال المشترى بل خمسمائة لان التحالف بعدالقبض مشروط بقيام السلعة وهى اسم لجميع المبيع فاذا هلك بعضه فقد الشرط بل يحلف المشترى لانكاره زيادة الثمن (الا ان يرضى البايع بترك حصة الهالك) اى لايأخذ من ثمن الهالك شيئا و يجعله كان لم يكن والعقد كأنه على القائم فقط فيكون الثمن كله بمقابلة القائم فيتحالفان وهو قول عامة المشايخ فالاستثناء ينصرف الى قوله لاتحالف كما هو الظاهر وهو الموافق لما فى المبسوط وفى الجامع الصغير اذا اختلف بعد هلاك احدهما لم يتحالفا والقول للمشترى مع يمينه عند الامام الا ان يشاء البايع ان يأخذ حصة الحى ولاشىء له قال ابو المكارم ومعنى لاشىء له على قول هؤلاء المشايخ ان لايأخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا على ما صرح به فى الكافى وكان غرضهم من هذا التفسير صرف الاستثناء الى قوله لم يتحالفا كما هو مختارهم وفيه تأمل وعلى قول غيرهم من المشايخ انه لايأخذ البايع من الزيادة المتنازع فيها وانما يأخذ عن الهالك بعدما اقر به المشترى فالاستثناء ينصرف الى قوله مع يمينه فانه اذا اخذ ما اقر به المشترى واخذ الحى فقد صدق المشترى وارتفع الخصومة فلا يحلف المشترى ولايخفى ان الاستثناء المذكور فى المتن لايصلح لهذا التفسير اذ لم يذكر فيه اخذ البايع الحى وفى تقديره تعسف (وعندهما يتحالفان و يرد الباقى) ان حلفا لكن اختلفوا فى تفسير التحالف عند ابى يوسف قيل يتحالفان على القائم لا الهالك لان العقد ورد فيه لا فى الثانى وهذا ليس بصحيح لان المشترى لو حلف بالله مااشتريت القائم بحصته من الثمن الذى يدعيه البايع يكون صادقا فيه لان من اشترى شيئين بالف اذا حلف انه مااشترى احدهما كان صادقا وكذا البايع لو حلف بالله مابعت القائم بحصته من الثمن الذى يدعيه المشترى يكون صادقا فيه فلايفيد التحالف بل الوجه ان يحلف على القائم والهالك و يقول اولا بالله مااشتريتهما بما يدعيه البايع فان نكل لزمه دعوى البايع وان حلف يحلف البايع بالله مابعتهما بالثمن الذى يدعيهما المشترى فان نكل لزمه دعوى المشترى وان حلف يفسخان العقد فى القائم وتسقط حصته من الثمن وتلزم المشترى حصة الهالك من الثمن الذى اقر به المشترى على القائم والهالك لانهما انما يجب عند الانفساخ والعقد لم ينفسخ فى الهالك عنده فينقسم الثمن الذى اقر به المشترى عليهما على قدر قيمتهما يوم القبض وعند محمد يتحالفان عليهما و يفسخ فيهما و يرد القائم مع قيمة الهالك يوم القبض لان هلاك الكل لايمنع

التحالف عنده على مامر فهلاك البعض اولى (والقول للمشترى) مع يمينه اذا اختلفا (فى حصة الهالك عند ابى يوسف وتلزم قيمته) اى الهالك (عند محمد) لمامر (و تعتبر قيمتهما) اى قيمة القائم والهالك (فى الانقسام) اى انقسام الثمن عليهما (يوم القبض) فان استويا يلزمه نصف الثمن الذى اقر به المشترى وان اختلفت القيمتان يوم القبض تسقط عنه حصة القائم بقدر قيمته وتلزمه حصة الهالك بقدر قيمته (وان اختلفا فى قيمة الهالك فيه) فقال المشترى قيمته يوم القبض خمسمائة وقيمة القائم الف وقال البائع على عكسه (فالقول للبايع) مع يمينه لان البايع بدعواه يستبق ما كان واجبا والمشترى بدعواه يسقط ما كان واجبا وكان البايع متمسكا بالاصل فوجب اعتبار قوله (وان برهنا) على قيمة الهالك (فبرهانه) اى برهان البايع (اولى) لانها اكثر اثباتا ظاهرا لا ثباتها الزيادة فى قيمة الهالك (وان اختلفا) اى العاقدان (فى قدر الثمن بعد اقالة البيع) فقال المشترى كان الثمن الفا وقال البايع خمسمائة ولا بينة لهما (تحالفا وعاد البيع) الاول حتى يكون حق البايع فى الثمن وحق المشترى فى المبيع كما كان قبل الاقاله فلا يجب على كل واحد منهما ان يرد على صاحبه شيئا (ان لم يقبض البايع المبيع) قيل ينبغى ان لا يتحالفا فى اقالة البيع لان التحالف ثبت بالبيع المطلق بالحديث والاقالة فسخ فى حق العاقدين فلم يتناوله النص واجيب ان التحالف قبل قبض المبيع ثبت قياسا لان كل واحد مدع ومنكر على مامر فصار التحالف معقولا فوجب القياس على المنصوص عليه كما قسنا الاجارة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين فيما اذا استهلكه فى يد البايع غير المشترى ولا كذلك بعد القبض فانه على خلاف القياس وعن هذا قال (وان قبضه) اى قبض البايع المبيع بعد الاقالة ثم اختلفا (فلا تحالف) عند الشيخين و يكون القول للمنكر (خلافا لمحمد) لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا (ولو) اختلفا (فى قدر رأس المال بعد اقالة السلم) لايتحالفان (فالقول) مع يمينه (للمسلم اليه فيه) اى فى قدر رأس المال لانكاره الزيادة اعتبار السائر الدعاوى (ولا يعود السلم) لان الاقالة فى باب السلم لا تحتمل النقض لانه اسقاط فلا يعود بخلاف البيع (ولو اختلفا) اى الموجر والمستأجر (فى قدر الاجرة) بان قال المستأجر درهم وقال الموجر درهمان (او المنفعة) بان قال الموجر مدة الاجارة شهر وقال المستأجر شهران (او فيهما) اى فى قدر الاجرة والمنفعة معا بان قال الموجر آجرتك الدار شهرا بدرهمين وقال المستأجر استأجرتها شهرين بدرهم (قبل استيفاء المنفعة تحالفا وترادا) اذ الاجارة مقيسة على البيع لان العين المستأجرة فى الاجارة

قائمة مقام المنفعة فى ايراد العقد وكذا الامر فى فسخها فالمعقود عليه قبل استيفاء المنفعة يكون قائما تقديرا (و بدأ بيمين المستأجر ان اختلفا فى الاجرة) لكونه منكرا وجوب ما يدعيه الموجر من الزيادة (و) بدأ (بيمين الموجر لو اختلفا (فى المنفعة) لكونه منكرا وجوب زيادة المنفعة وفيه اشعار بانه يحلف اولا من يدعى اولا ان اختلفا فيهما وان ادعيا معا يحلف من شاء وان شاء اقرع بينهما كما فى البيع (وايهما نكل لزمه دعوى الآخر) كما هو مقتضى النكول (وايهما برهن قبل) برهانه (وان برهنا فحجة المستأجر) اولى لو اختلفا (فى المنفعة وحجة الموجر) اولى لو اختلفا (فى الاجرة) نظرا الى اثبات الزيادة وتقبل حجة كل واحد منهما فى فضل يدعيه لو اختلفا فى الاجرة والمنفعة معا بان ادعى الموجر ان مدتها شهر بعشرة والمستأجر ان مدتها شهر ان بخمسة فيقضى بعشرة للموجر وشهرين للمستأجر (و) لو اختلفا (بعد استيفاء المنفعة لايتحالفان) اتفاقا (والقول للمستأجر) مع يمينه لانكاره الزيادة هذا عند الشيخين ظاهر لان التحالف بعد قبض المبيع على خلاف القياس فلا يقاس الاجارة هنا عليه اذ هلاك المعقود عليه بالاستيفاء يمنع التحالف على اصلهما بخلاف ما فى صورة المقيس حيث وجد المعقود عليه وكذا على اصل محمد لان الهلاك انما لا يمنع عنده فى المبيع لما ان له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها ولو جرى التحالف هنا وفسخ العقد فلا قيمة لان المنافع لاتتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين ان لا عقد واذا امتنع فالقول للمستأجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه (و) لو اختلفا (بعد استيفاء البعض) اى بعض المنفعة (يتحالفان) فيما بقى اعتبارا للبعض بالكل (وتفسخ) الاجارة (فيما بقى) من المنافع لامكان الفسخ وهذا لا ينافى ما مر ان هلاك بعض المعقود عليه يمنع التحالف عند الامام لان الاجارة تنعقد ساعة فساعة على حدوث المنفعة فكان كل جزء من المنفعة بمنزلة معقود عليه فيما بقى من المنفعة كمعقود عليه غير مقبوض فيتحالفان فى حقه بخلاف ما اذا هلك بعض المبيع لانه بجميع اجزائه معقود بعقد واحد فاذا تعذر الفسخ فى بعضه بالهلاك تعذر فى كله ضرورة (والقول للمستأجر) مع اليمين (فيما مضى) لانه منكر بما يدعيه الموجر من زيادة الاجرة (وان اختلفا) اى المولى والمكاتب (فى قدر بدل الكتابة) بعد ما اتفقا على عقد الكتابة (لا يتحالفان) عند الامام لان التحالف فى المعاوضات عند تجاحد الحقوق اللازمة و بدل الكتابة غير لازم على المكاتب لان له ان يرفعه عن نفسه بالعجز فلم تكن فى معنى البيع (والقول للعبد) مع يمينه لانكاره الزيادة وان اقام احدهما بينة قبلت وان اقاماها فبينة المولى اولى لاثباتها الزيادة

لكن يعتق باداء قدرما برهن عليه ولايمتنع وجوب بدل الكتابة بعد عتقه كما لو كاتبه على الف على انه ان ادى خمسمائة عتق وكما لو استحق البدل بعد الاداء كما في البحر (وقالا) وهو قول الائمة الثلثة (يتحالفان وتفسخ الكتابة لاختلافهما في بدل عقد يقبل الفسخ فكان بمنزلة البيع (وان اختلف الزوجان في متاع) اهل (البيت) والمراد بالمتاع هنا ماينتفع به من نفسه اومما حصل منه كالعقار وغيره وادعى كل انه له ولا بينة لاحد (فالقول لها اى للزوجة بلا خلاف مع اليمين (فيما صلح لها) اى مايختص بالنساء عادة كالدرع والاسورة والخمار والملائة والخلخال والحلى ونحوها لان الظاهر شاهد لها الا ان يكون الزوج ممن يبيع مايتعلق بالنساء فالقول له لتعارض الظاهرين (وله) اى القول للزوج مع اليمين (فيما صلح له) كالعمامة والقلنسوة والقبا والسلاح والكتب ونحوها لان الظاهر شاهد له الا اذا كانت الزوجة صانعة او بايعة مايصلح له فلا يقبل قوله وفي الخانية لو اختلفا في متاع النساء واقاما البينة يقضى للزوج (او) فيما صلح (لهما) اى القول للزوج فيما اختص بهما كالمنزل والفرش والرقيق والاوانى والعقار والمواشي والنقود لان الزوجة وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف مايختص به فان الاختصاص اقوى من اليد وفي البحر وبه علم ان البيت للزوج الا ان يكون لها بينة وفي الخانية ولو اقاما البينة يقضى ببينتها لانها خارجة معنى اطلق الزوجين فشمل المسلمين والمسلم مع الذمية والحربي والمملوكين والمكاتبين كما سيأتي والصغيرين اذا كان الصغير يجامع وشمل اختلافهما حال بقاء النكاح ومابعد الفرقة وما اذا كان البيت ملكا لهما اولاحدهما خاصة لان العبرة لليد لا للملك وفي القنية افترقا وفي بيتها جارية نقلتها مع نفسها واستخدمتها سنة والزوج عالم به ساكت ثم ادعاها فالقول له لان يده كانت ثابتة ولم يوجد المزيل انتهى وبه علم ان سكوت الزوج عند نقلها مايصلح لهما لا يبطل دعواه كما في البحر وقيد باختلاف الزوجين للاحتراز عن اختلاف نساء الزوج دونه فان متاع النساء بينهن على السواء ان كن في بيت واحد وان كانت كل واحدة منهن في بيت على حدة فما في بيت كل امرأة بينها وبين زوجها على ماوصفنا ولا يشترك بعضهن من بعض كما في خزانة الاكمل هذا اذا كانا حيين (وبعد موت احدهما اى احد الزوجين ثم اختلف وارثه مع الحي فالجواب في غير المحتمل على مامر (والقول في المحتمل) اى فيما يصلح لهما (للحي) مع اليمين ايهما كان لانه لا يد للميت فبقيت يد الحي بلا معارض وهذا عند الامام (وعند ابي يوسف كذلك) اى القول للزوج فيما صلح لهما (في الزائد على جهاز مثلها وفي جهاز مثلها لها) اى القول

للزوجة اذا كانت حية (اولور ثتها) بعدموتها اى يدفع فى المشكل الى الزوجة اوالى وارثها مايجهزبه مثلها والباقى للزوج مع يمينه اولوارثه عنده لان الظاهر ان الزوجة تأتى بالجهاز وهذا اقوى من ظاهريد الزوج ولذا يأخذ الباقى لعدم المعارض لظاهره والحيوة والموت فى المشكل عنده سواء (وعند محمد للرجل اولورثته) اى ماكان للرجال فهو للرجل وماكان للنساء فهو للمرأة ومايكون لهما فهو للرجل ان كان حيا اولورثته ان كان ميتا لقيام الورثة مقام المورث واما اختلا فهما فى غير متاع الميت وكان فى يديهما فانهما كالاجنبيين يقسم بينهما وفى القهستانى وعن زفر والشافعى ان المشكل بينهما وعنهما ان المتاع كله كذلك واليه ذهب مالك وقال ابن ابى ليلى ان المشكل للزوج حيا اولورثته ميتا وقال ابن شبرمة ان المتاع كله له الا ما على المرأة من الثياب وقال حسن البصرى ان المتاع لصاحب الميت الا ما على الرجل من الثياب فهذه تتمة كتاب الدعوى اومسبعته انتهى واعلم ان الاب لوادعى بعدموت ابنته ان الجهاز كان عارية لها والزوج انها كان ملكا فالقول للاب على المختار الا اذا استمر العرف بدفع الجهاز ملكا لاعارية فالقول لها اولورثتها من بعدها ولواختلف الاب وابنه فيما فى البيت قال ابو يوسف اذا كان الاب فى عيال الابن فى بيته فالمتاع كله للابن كما لوكان الابن فى بيت الاب وعياله فمتاع البيت للاب ولواختلف الموجر والمستأجر فى متاع البيت فالقول قول المستأجر مع يمينه وليس للوجر الا ما عليه من ثياب بدنه ولواختلف اسكافى وعطار فى آلات الاساكفة وآلات العطارين وهى فى ايديهما قضى بينهما نصفين ولا ينظر الى مايصلح لكل واحد منهما (وان كان احدهما) اى احد الزوجين (مملوكا) سواء كان مأذونا اومكاتبا اومحجورا (فالكل) اى كل المتاع (للحرفى) حال (الحيوة) لان يد الحر اقوى (وللحى) منهما (فى الموت) اى موت احدهما لان يد الحى خالية عن المعارض كما فى عامة شروح الجامع وذكر السرخسى انه سهو والصواب انه للحر مطلقا لكن اختار صاحب الهداية قول العامة فاقتفى اصحاب المتون اثره هذا عند الامام (وقالا المأذون والمكاتب كالحر) لان لهما يدا معتبرة فى الخصومات حتى لواختصما فى شئ هو فى ايديهما يقضى بينهما بخلاف ما كان عبدا محجورا حيث يقضى للحر لا للعبد وقوله الكل مشير الى ان الخلاف فيما اذا اختلفا فى مطلق المتاع على ماذكر فخر الاسلام كما فى المصفى لكن فى الحقايق ان الخلاف فيما اختلفا فى الامتعة المشكلة كما فى القهستانى وفى التنوير اعتقت الامة واختارت نفسها فما فى البيت قبل العتق فهو للرجل وما بعد العتق قبل ان تختار نفسها فهو على ما وصفنا فى الطلاق رجل معروف بالفقر والحاجة صاربيده غلام وعلى عنقه بدرة وذلك بداره فادعاه رجل عرف باليسار وادعاه صاحب

الدار فهو للمعروف باليسار وكذا كناس فى منزل الرجل وعلى عنقه قطيفة يقول هى لى وادعاها صاحب المنزل فهى لصاحب المنزل رجلان فى سفينة بها دقيق فادعى كل واحد السفينة ومافيها واحد هما يعرف ببيع الدقيق والآخر يعرف بانه ملاح فالدقيق للذى يعرف ببيعه والسفينة لمن يعرف انه ملاح وتمامه فى المنح فليطالع

فصل

فى بيان احكام دفع الدعاوى (قال ذواليد) فى جواب من ادعى شيئا فى يده (ان هذا الشئ اودعنيه فلان الغائب اواعارنيه اوآجرنيه اورهننيه اوغصبته منه) اى من فلان الغائب (وبرهن على ذلك) المذكور (اندفعت خصومة المدعى) لانه اثبت امرين احدهما الملك للغائب وهوغير مقبول شرعا والآخردفع خصومة المدعى وهذا مقبول وقال ابن شبرمة لاتسقط خصومة المدعى لان البينة تثبت الملك للغائب ولاولاية لاحد على غيره فى ادخال شئ فى ملكه بلارضائه وقال ابن ابى ليلى تسقط الخصومة بلابينة لانه لاتهمة فيما اقربه على نفسه فتبين ان يده يد حفظ لايد خصومة (وقال ابويوسف فيمن عرف بالحيل) جمع حيلة (لاتندفع الخصومة وبه يؤخذ) واختاره فى المختار ان المدعى عليه ان كان صالحا فكما قال الامام وان كان معروفا بالحيل لم تندفع عنه لانه قديأخذ مال الغيرغصبا ثم يدفع سرا الى من يريد ان يغيب ويقول له اودعه عندى بحضرة الشهود قصدالابطال حق الغيرفلاتقبل بينته لهذه التهمة (وان قال الشهود اودعه من لانعرفه لاتندفع) الخصومة بالاجماع لاحتمال ان يكون المدعى من اودعه (بخلاف قولهم) اى قول الشهود (نعرفه) اى المودع (بوجهه) لورأيناه (لاباسمه ونسبه حيث تندفع) الخصومة (عند الامام) لان القضاء لايقع على الغائب ليشترط العلم بنفسه ونسبه وانما يقضى على المدعى بالدفع عن ذى اليد وهما معلومان وهواثبت بينته انه ليس بخصم لهذا المدعى (خلافا لمحمد) فانه قال لاتندفع الخصومة معروفا كان بالحيلة اولا وانما تندفع اذاعرف الشهود ذلك الرجل باسمه ونسبه لان الخصومة توجهت على ذى اليد بظاهريده ولاتندفع الابالحوالة على رجل يمكن اتباعه والمعروف بالوجه لايكون معروفا فصار هذا بمنزلة قول الشهود لانعرفه اصلا وفى البزازية وتعويل الائمة على قول محمد فهذه المسئلة تسمى بمخمسة كتاب الدعوى للاشتمال على قول الامام وابى يوسف ومحمد وابن ابى ليلى وابن شبرمة كماترى اولان صورها خمس وديعة واجارة واعارة ورهن وغصب كما فى اكثر الكتب لكن فى المنح هذا اذا ادعى المدعى ملكا مطلقا فى العين كما افاده عدم تقييده ويدل

عليه ماسيأتى من المسائل القابلة لهذه ومن المعلوم ان فرض هذه المسئلة بعد اقامة المدعى البرهان لما تقرر فى كلامهم من ان الخارج هو الطالب بالبرهان ولا يحتاج المدعى عليه الى الدفع قبله وحاصله ان المدعى لما ادعى الملك المطلق فيما فى يد المدعى عليه انكره وطلب من المدعى البرهان فاقامه ولم يقض القاضى به حتى دفعه المدعى عليه بما ذكر و برهن على الدفع وفى البحر وكذا الحكم لو قال وكلنى صاحبه بحفظه كما فى المبسوط وكذا الحكم لو قال اسكننى فيها فلان الغائب وكذا الحكم لو قال سرقته منه او اخذته منه او ضل منه فوجدته كما فى الخلاصة فالصور عشر و به علم ان الصور لم تنحصر فى الخمس فالاولى ان يفسر الخمسة بالاقوال (ولو قال) ذو اليد (شريته منه) اى من فلان الغائب (لاتندفع) الخصومة لكون يده يد خصومة لاعترافه سبب الملك وهو الشراء (وكذا) لاتندفع الخصومة (لو قال المدعى سرقته) بتاء الخطاب (او غصبته منى) فقال ذو اليد اودعنيه فلان الغائب (وان) وصلية (برهن ذو اليد على ايداع الغائب) لان المدعى لما قال لصاحب اليد غصبته منى صار ذو اليد خصما باعتبار دعوى الفعل عليه وفيه لايمكنه الخروج عنها بالاحالة على الغير لان اليد فى الخصومة فيهما ليس بشرط حتى تصح دعواه على غير ذى اليد ولاتندفع الخصومة بانتفاء يده حقيقة بخلاف الملك المطلق (وكذا) لاتندفع (ان قال) المدعى (سرق منى) على البناء للمفعول عند الشيخين استحسانا (خلافا لمحمد) وهو القياس لانه لم يدع الفعل على ذى اليد بل على مجهول فصار كما لو قال غصب منى على البناء للمفعول ولهما ان ذكر الفعل يستدعى الفاعل لامحالة والظاهر انه ذو اليد الا انه لم يعينه درأ للحد عنه فصار كأنه قال له سرقته منى بخلاف الغصب فانه لاحد فيه فلو قضى عليه ثم حضر الغائب فاقام البينة تقبل لانه لم يصر مقضيا عليه وانما قضى على ذى اليد فقط وفى التنوير قال فى مجلس الحكم انه ملكى ثم قال فى مجلسه انه وديعة عندى من فلان تندفع من البرهان على ماذكر ولو برهن المدعى على مقالته الاولى يجعله خصما و يحكم عليه لسبق اقراره و يمنع من الدفع (ولو قال المدعى ابتعته من زيد وقال ذو اليد اودعنيه هو) اى زيد (اندفعت) الخصومة (بلا حجة) لانهما اعترفا على ان الملك فى الاصل لغيرهما فيكون وصوله الى صاحب اليد من جهة زيد البايع فلا تكون يده يد خصومة (الا اذا برهن المدعى ان زيدا وكله بقبضه) ح لاتندفع وتصح دعواه لانه اثبت ببينة كونه احق بامساكها ولو صدقه ذو اليد فى شرائه منه لايأمره القاضى بالتسليم اليه حتى لايكون قضاء على الغائب باقراره وهى عجيبة وفى البحر

قيد بتلقي اليد من الغائب للاحتراز عما اذا قال ذو اليد اودعنيه وكيل فلان ذلك لم تندفع الا ببينة لانه لم يثبت تلقي اليد ممن اشترى هو منه لانكار ذي اليد ولا من جهة وكيله لانكار المدعي وكذا لو اثبت بالبينة انه دفعها الى الوكيل ولم يشهدوا ان الموكل دفعها الى ذي اليد وتقييده بدعوى الشراء من الغائب اتفاقي ففي البزازية ادعى انه له غصبه منه فلان الغائب و برهن عليه وزعم ذو اليد ان هذا الغائب اودعه اندفعت الخصومة لاتفاقهما على وصول العين من غيره وان صاحب اليد ذلك الرجل بخلاف ما لو كان مكان دعوى الغصب دعوى السرقة فانه لا تندفع بزعم ذي اليد ايداع ذلك الغائب في الاستحسان انتهى

❊ باب دعوى الرجلين ❊

لما فرغ من بيان دعوى الواحد ذكر دعوى ما زاد عليه والواحد قبل ما زاد (لا تعتبر بينة ذي اليد في الملك المطلق) وهو ان يقول في دعواه ان هذا ملكي ولم يبين سبب ملكه (و بينة الخارج فيه) اي في المطلق (احق) بالاعتبار و به قال احمد وقال الشافعي ومالك بينة ذي اليد احق لاعتضادها باليد ولنا ان البينة شرعت للاثبات وبينة الخارج اكثر اثباتا لانه لا ملك له على المدعي بوجه وذو اليد له ملك عليه باليد فترجحت بينة الخارج بكثرة ثبوتها الا اذا ادعى ذو اليد مع الملك فعلا كالعتق والتدبير والاستيلاد فبينة ذي اليد اولى بخلاف الكتابة كما سيأتي قيد بالمطلق لاستوائهما في المقيد بالسبب وهذا ان وقتا اولم يوقتا باتفاق (برهنا) اي الخارجان (على ما في يد آخر) اي لو برهن خارجان على عين في يد ثالث منكر بعد ادعاء كل منهما ملكا مطلقا فاقاما البينة (قضي به) اي بهذا الشيء (لهما) بطريق الاشتراك عندنا لقبول الشركة على المناصفة لان النبي عليه السلام قضى بناقة بينهما بنصفين لاستوائهما في سبب الاستحقاق ولم يأمر عليه السلام بالقرعة لان استعمال القرعة في وقت كان القمار فيه مباحا ثم انتسخت بحرمة القمار اذ تعليق الاستحقاق بخروج القرعة قمار وكذا تعيين المستحق بخروج القرعة بخلاف قسمة المال المشترك فللقاضي ثمه ولاية التعيين بغير قرعة وانما يقرع لتطييب القلوب ونفي تهمة الميل عن نفسه فلا يكون ذلك في معنى القمار خلافا للشافعي واحمد كما سيأتي (ولو) برهنا (على نكاح امرأة سقطا) لتعذر العمل بها لان المحل لا يقبل الاشتراك واذا تهاترا فرق القاضي بينهما حيث لا مرجح واذا تهاترا وكان قبل الدخول فلا شيء على كل واحد منهما كما في البحر وهذا مقيد بما اذا كان المدعيان حيين والمرأة اما لو برهنا عليه بعد موتها ولم يورخا او ارخا واستوى تاريخهما فانه يقضى بالنكاح بينهما وعلى كل واحد منهما نصف

المهر و يرثان ميراث زوج واحد فان جاءت بولد يثبت النسب منهما و يرث من كل واحد منهما ميراث ابن كامل وهما يرثان من الابن ميراث اب واحد كما في المنح (وهى) اى المرأة (لمن صدقته) لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين اذا لم تكن المرأة المتنازع فيها في يد من كذبته ولم يكن دخل من كذبته بها و اما اذا كانت في يد الاخر او دخل بها فلا اعتبار بالتصديق لانه دليل على سبق عقده كما في المنح (فان ارخا) اى المدعيان لنكاحها وكان تاريخ احدهما سابقا (فالسابق احق بها) من الآخر لانه لامعارض في هذا الزمان فيكون القضاء للسابق اذ عقد اللاحق و برهانه باطل ولا يعتبر ما ذكر من كونها في يده اودخل بها ولو ارخ احدهما فقط فانها لمن اقرت له كما لو ارخ احدهما وللآخر يد فانها لذى اليد كما في البزازية (وان اقرت) المرأة بالزوجية (لاحدهما قبل البرهان فهى) اى المرأة (له) لتصادقهما عليه (فان برهن الاخر) اى الذى لم تقر له (بعد ذلك) اى بعد الاقرار للاول (قضى له) اى للبرهن لقوة البرهان فان برهنا بعد الاقرار فالسابق اولى (وان برهن احدهما) على نكاحها (فقضى له) بالنكاح (ثم برهن الاخر) على انه نكحها (لا يقبل) برهانه اذ لاينقض شيء بمثله وههنا صار الاول اقوى لاتصال القضاء به (الا) وقت (ان اثبت) ذلك الآخر بالبينة (سبقه) اى سبق نكاحه اياها على نكاح الاول فح يقضى له لتيقن الخطاء في الاول (وكذا لا يقبل برهان خارج على) زوج (ذى يد) على امرأة (نكاحه ظاهر) بنقلها الى بيته او بالدخول معه (الا ان اثبت) الخارج (سبقه) اى سبق نكاحه على نكاح ذى اليد بالبينة فانه يقضى له لما مر (وان برهنا) اى الخارجان (على شراء شيء من آخر) اى من ذى يد بلا تاريخ (فلكل نصفه) اى لكل واحد منهما نصف ذلك الشيء (بنصف ثمنه) اى ثمن ذلك الشيء ان شاء ورجع به على البايع بنصف ثمنه (او تركه) اى ترك النصف ان شاء لانهما لما استويا في السبب وجب على القاضى ان يقضى به بينهما لتعذر القضاء بكله فيتخير كل منهما لتغير شرط عقده عليه فلعل رغبته في تملك الكل فيرده و يأخذ كل الثمن وعند الشافعى في قول واحد يقرع وفي قول آخر تهاترت البينتان و يرجع الى تصديق البايع لان احديهما كاذبة بيقين قلنا ان المحل الواحد لايتصور ان يكون مملوكا لزيد على الكمال ومملوكا لعمرو على الكمال لان المشهود في الحقيقة هو السبب لانه المحسوس المحاط للشهود وكل واحد من الفريقين هناك صادق بان يعاين السبب من الرجلين ولا يعلمان سبق احدهما (او بترك احدهما) نصفه (بعد ما قضى لهما لا يأخذ) المدعى (الاخر كله) لان بالقضاء

انفسخ العقد فى حق كل فى النصف قيد بقوله بعد القضاء لانه قبل القضاء به يأخذ كله لاثبات برهانه اشتراء الكل بلا مزاحم للقضاء (فان كان لاحدهما يد او تاريخ فهو) اى صاحب اليد او التاريخ (اولى) لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه اذ قبض القابض وشراء غيره حادثان فيضافان الى اقرب الازمان وهو الحال مع ان قبض الشئ متأخر عن شرائه فصار شراؤه اقدم تاريخا من شراء غير القابض وبالتاريخ اثبت ملكه فى ذلك الوقت واحتمل الآخر ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك وقال صاحب البحر ولى اشكال فى عبارة الكتاب وهو ان اصل المسئلة مفروضة فى خارجين تنازعا فيما فى يد ثالث فاذا كان مع احدهما قبض كان ذا يد تنازع مع خارج فلم تكن المسئلة ثم رأيت فى المعراج ما يزيله من جواز ان يراد انه اثبت بالبينة قبضه فيما مضى من الزمان وهو الآن فى يد البايع الا انه يشكل ما ذكره بعده عن الذخيرة بان ثبوت اليد لاحدهما بالمعاينة انتهى والحق انها مسئلة اخرى وكان ينبغى افرادها انتهى (وان ارخا فالسابق اولى وان كان لاحدهما يد وللآخر تاريخ فذو اليد اولى) لانه اثبت الشراء فى زمان لا ينازعه فيه احد فاندفع به ثم لا يقضى بعده لغيره الا اذا تلقى الملك منه (والشراء احق من هبة) مع قبض (وصدقة مع قبض) اى لو برهن خارجان على ذى يد احدهما على الشراء منه والآخر على الهبة منه كان الشراء اولى من الهبة والصدقة لان الشراء اقوى لكونه معاوضة من الجانبين ولانه يثبت الملك بنفسه والملك فى الهبة والصدقة يتوقف على القبض هذا ان لم يورخا فلو ارخا واتحد المملك فالا سبق تاريخا منهما احق بخلاف ما اذا اختلف المملك فانهما سواء فى صورة التاريخ وعدمه لان كلا منهما خصم عن مملكه فى اثبات ملكه وهما فيه سواء بخلاف ما اذا اتحد لاحتياجهما الى اثبات السبب وفيه تقدم الاقوى ولو ارخت احديهما فقط فالمورخة اولى قيد بكونهما خارجين للاحتراز عما اذا كانت فى يد احدهما والمسئلة بحالها فانه يقضى للخارج الا فى اسبق التاريخ فهو للاسبق وان ارخت احديها فقط فلا ترجيح لها وان كانت فى ايديهما يقضى بينهما الا فى اسبق التاريخ فهى له كدعوى ملك مطلق كما فى البحر (والهبة والصدقة فيما لا يحتمل القسمة) كالعبد والدابة (سواء) بالاتفاق فيقضى بينهما نصفين لاستوائهما فى كونهما تبرعا واما فيما يحتمل القسمة كالدار فهما سواء عند البعض لان الشيوع طارئ فيقضى بينهما نصفين وعند البعض لا يصح لانه تنفيذ الهبة فى الشايع فصار كاقامة البينتين على الارتهان وهذا اصح كما فى الهداية وفى البحر وحاصله ان الصدقة اولى من الهبة فيما يحتمل القسمة وهذا

عنـد عدم التاريخ والقبض واما اذا ارخا قـدم الاسبـق وان لم يورخا ومع احدهما قبض كان اولى وكذا ان ارخ احدهما فقـط وفي الخلاصة ولوكان كلاهما هبة او صدقة او احدهما هبة والآخر صدقة فالم يذكر الشهود القبض لايصح وان ذكر واالقبض ولم يورخوا اوارخوا تاريخا واحدا فهـو بينهما اذا كان لايحتمل القسمـة وان كان يحتملها فلايقضى لهما بشئ عنـد الامام وعنـدهما يقضي بينهما نصفين ولوكان في يد احـدهما يقضى له بالاجماع (وكذاالشراء والمهر عنـد ابي يوسف) اى ادعى شخص ان هـذا الشئ اشتريته من زيد وادعت امرأة ان زيدا تزوجها على هـذا الشئ فاقاما البينة ولم يذكرا تاريخا اوذكرا واستوى تاريخهما يقضي لكل واحد منهما بالنصف لان الشراء والمهر سواء في اثبات الملك ثم للمرأة نصف القيمة على الزوج وللمشترى نصف الثمن المنقود على البـايع وله فسخ البيع لتفرق الصفقة عليـه (وعنـد محمد الشراء اولى) فيقضى لصاحب الشراء (وعلى الزوج القيمة) اى قيمة المبيع للمرأة لان البينـات حجج الشرع فيجب العمل بها ماامكن وهو ممكن بان يجعل الشراء سابقا اذلوتزوج عـلى ملك الغير صحت التسمية فتجب القيمة عنـد تعذر تسليم العين قيد بالشراء لانه لواجتمع نكاح وهبة اورهن اوصدقة فالنكاح اولى وفي المنح اعـتراض عن صاحب الفصولين وجواب عن طرف صاحب البحر فليطـالع (والرهن مع القبض اولى من الهبـة) بلا عوض (معـه) اى مع القبض يعني لوادعى احدهما رهنا مقبوضا والآخر هبة وقبضا واقاما البينـة ولم يورخا فدعى الرهن اولى استحسـانا والقياس ان الهبة اولى لانها تثبت الملك والرهن لايثبته فكانت البينة المثبتة للزيادة اولى وجه الاستحسان المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمـان اقوى (فان كانت) اى الهبة (بشرط العـوض فهى) اى الهبة (اولى) من الرهن لكونها في معنى البيع انتهاء فيكون عقدها عقد ضمان يثبت الملك معنى وصورة بخلاف الرهن فانه لايثبته الاعنـد الهلاك معنى لاصورة هذا اذا كانت العين في يد ثالث اذلوكانت في ايديهما يقضى بها بينهما نصفين الاان يورخا وتاريخ احدهما اسبق فيقضى له (وان برهن خارجان على ملك مورخ) هذه المسئلة قدذكرت واعادتها هنا لاجـل ذكر التاريخ (اوشراء مورخ عن واحد) متعلق بشراء (غير ذى اليد) احـترز بهذا عما برهنـا على مافي يد آخر كما م تفصيلها (فالسـابق اولى) لانه اثبت ملكه في وقت لاينازعه فيـه احد الا اذاتلقى الملك منه وهذا القول متفق عليه على تخريج الكرخي وقول الامام على تخريج صاحب الامالي وقول ابي يوسف آخرا ومحمد اولا وفي قوله الآخر

وهو قول ابي يوسف اولا هو بينهما كما في التبيين (وان برهن احدهما على الشراء من زيد و) برهن (الآخر عليه) اى على الشراء (من بكر واتفق تاريخهما فهما سواء) حتى يكون المبيع بينهما نصفين لان كل واحد منهما اثبت الملك لبايعه وملك بايعه مطلق بلا تاريخ فصار كما اذا حضر البايع فادعى الملك المطلق فيكون بين الخارجين لاستواء تاريخهما (وكذا لو وقت احدهما فقط) لان توقيت احدهما لايدل على تقدم الملك لجواز ان يكون الآخر اقدم بخلاف ما اذا كان البايع واحدا لانهما اتفقا على الملك لايتلقى الا من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين انه تقدمه شراء غيره وفي البحر ان البينة على الشراء لاتقبل حتى يشهدوا انه اشتراها من فلان وهو يملكها وتمامه فيه فليطالع (ولو برهن خارج على الشراء من شخص و) برهن خارج (آخر على الهبة والقبض من غيره و) برهن خارج (آخر على الارث من ابيه و) و برهن خارج (آخر على الصدقة والقبض من رابع قضى بينهم ارباعا) سواء كان معهم اومع بعضهم تاريخ اولم يكن لانهم يثبتون الملك لمملكهم وذلك تاريخ فيه ولا يقدم الاقوى كما في التبيين (ولو برهن خارج على ملك مورخ وذو اليد على ملك اقدم منه) اى من الخارج (فهو) اى ذو اليد (اولى) عند الشيخين (خلافا لمحمد في رواية) وفي رواية عنه على ما قالا ثم رجع عنه فقال لاتقبل بينة ذي اليد في الملك المطلق اصلا لان البينة فيه تثبت اولية الملك فيستوى فيها التقدم والتأخر فصار كأنهما قاما على الملك المطلق ولهما ان البينة مع التاريخ تدفع ملك غيره في وقت التاريخ وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة فلا يثبت الملك لغيره بعده الا بالتلقى من جهته وهو لم يدع ذلك قيد بسبق تاريخ ذي اليد لانه لولم يكن لهما تاريخ اواستوى تاريخهما اوارخت احدهما فقط كان الخارج اولى (وكذا الخلاف لو كانت اليد لهما) واقاما البينة فصاحب الوقت الاول اولى في قول الشيخين وفي قول محمد لايعتبر الوقت فكانهما قامتا على مطلق الملك فيكون بينهما (ولو برهن خارج وذو يد على ملك مطلق ووقت احدهما فقط فالخارج اولى) عند الطرفين (وعند ابي يوسف) وهو رواية عن الامام (ذو الوقت اولى) لانه اقدم وصار كما في دعوى الشراء اذا ارخت احدهما كان صاحب التاريخ اولى ولهما ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع ولا دفع ههنا حيث وقع الشك في التلقى من جهته (ولو كان المدعى في ايديهما اوفي يد ثالث والمسئلة بحالها) اى ادعى ذو اليد او الخارج واقاما البينة وارخت احدى البينتين (فهما سواء) عند الامام (وعند ابي يوسف الذى وقت اولى وعند محمد

الذى اطلق اولى) وعلل صاحب الهداية بان دعوى اولية الملك بدليل استحقاق الزوائد ورجوع الباعة بعضهم على بعض ولابى يوسف ان التاريخ يوجب الملك فى ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح بالتيقن وللامام ان التاريخ يضامه احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره فصار كما لو اقاما البينة على ملك مطلق بخلاف الشرى لانه امر حادث فيضاف الى اقرب الاوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ انتهى لكن صوره فى المسئلة الثانية وهى قوله ولو فى يد ثالث واما فى المسئلة الاولى وهى قوله ولو فى ايديهما فذكر ان يكون نظير قوله ولو اقام الخارج وذو اليد على ملك مطلق الى آخره فقال فى عقبه فعلى هذا اذا كانت الدار فى ايديهما انتهى قال صاحب الايضاح وغيره فى تفسيره بان اقام احد على ملك مورخ والآخر على مطلق ملك سقط التاريخ عندهما وعنده صاحب الوقت اولى انتهى فبهذا التقرير ظهر مخالفة المص لما فى الهداية تتبع (وان برهن خارج وذو يد على النتاج) اى اقام كل منهما بينة (فذو اليد اولى) لان بينتهما قامتا على ما لا يدل عليه اليد فاستوتا فى الاثبات وترجحت بينة صاحب اليد باليد فيقضى له به ولا عبرة للتاريخ لان اولية الملك يستوعب كل تاريخ فلا يفيد ذكره من احدهما او منهما اتحد التاريخان او اختلفا مالم يذكرا تاريخا مستحيلا بان لم يوافق سن المدعى والقياس ان يكون الخارج اولى وبه قال ابن ابى ليلى وقال عيسى بن ابان تهاترت البينتان ويترك فى ذى اليد لا على وجه القضاء وجه الاستحسان ماروى انه عليه السلام قضى لذى اليد بناقة بعد ما اقام الخارج بينة انها ناقته نتجها واقام ذو اليد البينة انها ناقته نتجها ولان اليد لا تدل على اولية الملك فكان مساويا للخارج فباثباتها يندفع الخارج وبينة صاحب اليد مقبولة للدفع (وكذا لو برهن كل على تلقى الملك من آخر وعلى النتاج عنده) اى لو تلقى كل واحد من الخارج وذى اليد الملك من رجل فكان هناك بايعان واقام البينة على النتاج عند من تلقى منه فهو بمنزلة اقامتها على النتاج فى يد نفسه فيقضى به لذى اليد كان البايعين قد حضرا واقاما على ذلك بينة فانه يقضى ثمه لصاحب اليد كذلك ههنا كما فى العناية (ولو برهن احدهما على الملك المطلق والاخر على النتاج فهو) اى صاحب النتاج (اولى) ايهما كان لان بينته قامت على اولية الملك صريحا فلا يثبت للاخر الا بالتلقى منه والآخر لم يتلق منه واوليته تثبت دلالة ولا عبرة بها مع الصريح (وكذا لو كانا خارجين) فبرهن احدهما على الملك المطلق والآخر على النتاج فبينة النتاج اولى لما بينا (ولو قضى بالنتاج لذى اليد ثم برهن ثالث على النتاج قضى له) اى للثالث (الا ان يعيد ذو اليد برهانه) لان بينة ذى اليد ما قامت على هذا

المدعى وانما قامت على الاول فلم يصر الثالث مقضيا عليه بتلك القضية (كما لو برهن المقضى عليه بالملك المطلق على النتاج يقبل وينقض القضاء) اى لو ادعى ذواليد والخارج الملك المطلق وبرهنا قضى على ذى اليد بالملك ثم ان ذا اليد المقضى عليه لو اقام البينة على النتاج تقبل وينقض به القضاء الاول لانه بمنزلة النص فى دلالته على الاولية قطعا فكان القضاء واقعا على خلافه كالقضاء الواقع على خلاف النص وهذا استحسان وفى القياس لايقبل برهانه لصيرورته مقضيا عليه بالملك كما فى العناية وفى البحر اطلق فشمل ما اذا برهن الخارج فقط على النتاج وقضى له ثم برهن ذواليد يقضى له ويبطل القضاء الاول ولو ادعى ذواليدتنا جا ايضا ولم يبرهنا حتى حكم بها للمدعى بالنتاج ثم برهن المدعى عليه على النتاج لاينتقض الحكم ثم علم ان المقضى عليه فى حادثة لاتسمع دعواه بعده الا اذا برهن على ابطال القضاء او على تلقى الملك من المقضى له او على النتاج انتهى (وكل سبب لايتكرر) اى فى الملك اذا ادعاه ذواليد (فهو مثل النتاج) اى حكمه حكم النتاج فى جميع ماذكرنا من الاحكام وذلك (كنسج ثياب لاتنسج الامرة) كما اذا ادعى رجل ثوبا انه ملكه نسجه وهو ممالايتكرر نسجه وكما اذا ادعت غزل قطن انه ملكها غزلته بيدها (كحلب اللبن فانه ممايتكرر ايضا فاذا ادعى لبنا انه ملكه حلبه من شاته (واتخاذ جبن بان ادعى جبنا انه ملكه صنعه فى ملكه (واللبد) بان ادعى لبدا بانه صنعه من الصوف الذى هو ملكه (ومرعزى) وهى كالصوف تحت شعر المعز (وجزالصوف) بان ادعى صوفا مجزوزا انه ملكه جزه من شاته واقام على ذلك بينة وادعى ذواليد مثل ذلك واقام عليه بينة فانه يقضى بذلك لذى اليد لانه فى معنى النتاج من كل وجه فيلحق به بدلالة النص (ومايتكرر) اى كل سبب يتكرر قضى به للخارج (بمنزلة الملك المطلق) فلايلحق بالنتاج (كنسج الخز) وهو اسم دابة ثم سمى الثوب المتخذ من وبره خزا فانه ممايتكرر لان الخز والصوف والشعر اذا بلى ينقض ويغزل مرة اخرى ثم ينسج فيحتمل ان ذا اليد نسجه ثم غصبه الخارج ونقضه ثم نسجه فيكون ملكا له بهذا الطريق فلم يكن فى معنى النتاج (وكالبناء) فانه ممايتكرر لانه يبنى ثم ينهدم ثم يبنى (والغرس) لان النخل يغرس غير مرة (وزراعة البر والحبوب) لان البر قد يزرع فى الارض ثم يغربل التراب فيميز البر منه ثم يزرع ثانيا فلم يكن فى معنى النتاج وكذا كل مايزرع مما يكال او يوزن فاذا ادعى ثوبا انه ملكه من خزه او ادعى دارا انها ملكه بناها او ادعى غرسا انه ملكه غرسه او حنطة انها ملكه زرعها او حبا آخر من الحبوب واقام على ذلك بينة وادعى ذواليد مثل ذلك واقام عليه بينة قضى به للخارج لما مر (وما اشكل

بحيث لا يتيقن بالتكرر وعدمه (رجع فيه الى اهل الخبرة) لانهم اعرف به وقد قال الله تعالى فاسئلوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون (فان اشكل عليهم) اى على اهل الخبرة (جعل كالمطلق) اى قضى به للخارج لان القضاء بينة هو الاصل وانما عدلنا عنه بخبر النتاج كما روينا فاذا لم يعلم يرجع على الاصل (وان برهن خارج على ملك مطلق وذو يد على الشراء منه) اى من الخارج بان كان عبد مثلا فى يد زيد وادعاه بكر بانه ملكه و برهن عليه و برهن زيد على الشراء منه (فهو) اى ذواليد (اولى) لان الخارج وان كان يثبت اولية الملك فذواليد يتلقى الملك منه ولا تنافى فيه فصار كما اذا اقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه (وان برهن كل منهما) اى من الخارج وذى اليد (على الشراء من صاحبه ولا تاريخ لهما تهاترتا) اى سقط البينتان (وترك المال فى يد ذى اليد) بغير قضاء عند الشيخين (وعند محمد) ان كان فى يد احدهما (يقضى) بالبينتين (للخارج) لامكان العمل بهما بجعل ذى اليد مشتريا من الخارج وقبضه ثم باعه منه ولم يقبضه فيؤمر بالدفع اليه لان تمكنه من القبض دلالة السبق على مامر ولا يعكس لان البيع قبل القبض لا يجوز ولهما ان الاقرار بالشراء من صاحبه اقرار منه بالملك له فصار بينة كل منهما كانها قامت على اقرار الآخر وفيه التهاتر بالاجماع لتعذر الجمع فكذا هذا كما فى التبيين (وان ارخا) اى الخارج وذو اليد (فى العقار بلا ذكر قبض وتاريخ الخارج اسبق قضى لذى اليد) عند الشيخين فيجعل كان الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض من ذى اليد وهو جائز فى العقار عندهما (وعند محمد) قضى (للخارج) اذ لا يصح عنده بيعه قبل القبض فبقى على ملكه وفى التبيين وكان ينبغى ان يقضى به لذى اليد عنده ايضا فيجعل الخارج كانه قبضه ثم باعه لذى اليد عنده ايضا فيجعل الخارج كانه قبضه ثم باعه من بايعه وهو ذو اليد تصحيحا للعقد انتهى (وان اثبتا قبضا قضى لذى اليد اتفاقا) لان البيعين جائزان على القولين لان الخارج باعه من بايعه بعد ماقبضه وذلك صحيح (وان كان وقت ذى اليد اسبق قضى للخارج فى الوجهين) فيجعل كانه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم او سلم ثم وصل اليه بسبب آخر كما فى الهداية لكن فى البحر وفى المبسوط مايخالفه كما علم من الكافى وتمامه فيه فليطالع قال ابن الشيخ فى شرح الوقاية قالوا حاصل الكلام فى ضبط هذه الاقسام ان كان تاريخ احد المدعيين عند اقامتهما البينة سابقا فهو احق وان لم يكن سابقا بل كان مساويا بان ارخاوا فقا او لم يورخا اصلا او ارخ احدهما وكان كل واحد منهما صاحب يدا او كان كل منهما خارجا فى الملك المطلق او فى الملك بسبب فهما متساويان الا اذا تلقيا من واحد وارخ

احدهما فهو احق وان كان احدهما صاحب يد والآخر خارجا فالخارج احق في الملك المطلق عند التساوي في التاريخ الا اذا ادعيا مع الملك فعلا بان قال هو عبدي اعتقته او دبرته فذو اليد احق بخلاف ما اذا قال كل واحد هو عبدي كاتبته فهما متساويان لكونهما خارجين اذ لابد في عقد الكتابة من اهلية العاقدين فاذا عقدا يكون العبد معتقا يدا فلا يتصور اليد عليه بخلاف المعتق فانه في يد المولى اذا كان صغيرا او كبيرا لا يعرف عتقه ولو قال احدهما هو عبدي كاتبته وقال الآخر دبرته او اعتقته فهو اولى لان كل بينة يكون اكثر اثباتا فهو احق هذا في الخارج وذي اليد في الملك المطلق اما في الملك بسبب فان ذكر الخارج وذو اليد سببا واحدا وتلقيا من واحد فذو اليد احق وان تلقيا من اثنين فالخارج احق عند التساوي في التاريخ وان ذكرا سببين كالشراء والهبة وغير ذلك ينظر الى قوة السبب انتهى (ولا ترجيح بكثرة الشهود) لان الترجيح عندنا بقوة الدليل لا بكثرته حتى لو اقام احد المدعيين شاهدين والآخر اربعة فهما سواء اذ شهادتهما ليس اقل من شهادتهم في اثبات المدعى لان الاثنين علة تامة موجبة للحكم فالكثرة لا تصلح للترجيح ولهذا لا ترجح الآية بآية اخرى ولا الخبر بالخبر وانما يرجح بقوة فيه بان كان احدهما متواترا والآخر من الآحاد او كان احدهما مفسرا والآخر محتملا فيرجح المفسر على المحتمل والمتواتر على الآحاد لقوة وصف فيه وقيل يقضي لاكثرهما عددا لان القلب اميل الى قول الاكثر وكذا لا ترجيح بزيادة العدالة لان المعتبر في الشاهد اصل العدالة وهي ليست بذي حد فلا يقع الترجيح بها خلافا لمالك (وان ادعى احد خارجين نصف دار والآخر كلها) وبرهنا على ذلك (فاربع للاول) عند الامام (وعندهما للاول (الثلث والباقي للآخر) لان الامام اعتبر طريق المنازعة وهو ان صاحب النصف لا ينازع صاحب الكل في النصف فسلم له النصف واستوت منازعتهما في النصف الآخر فينصف النصف بينهما فاصاحب الكل ثلاثة ارباع ولصاحب النصف الربع وهما اعتبرا طريق العول والمضاربة لان في المسئلة كلا ونصفا فالمسئلة من اثنين وتعول الى ثلاثة ولصاحب الكل سهمان ولصاحب النصف سهم هذا هو العول واما المضاربة فان كل واحد يضرب بكل حقه فصاحب الكل له ثلثان من الثلاثة فيضرب الثلثين في الدار وصاحب النصف له ثلث من الثلاثة فيضرب في الدار فيحصل له ثلث الدار لان ضرب الكسور بطريق الاضافة فانه اذا ضرب الثلث في الستة معناه ثلث الستة وهو اثنان وفي البحر تفصيل فليراجع (وان كانت الدار (في يدهما فكلها) اي كل الدار (لمدعي الكل نصف بقضاء ونصف بلا قضاء) لان دعوى مدعي النصف منصرفة الى ما في يده لتكون يده يدا محقة في حقه لان حمل امور المسلمين على الصحة واجب فمدعي النصف لا يدعي شيئا مما في يد صاحب

الجميع فسلم النصف لمدعى الجميع بلامنازعة فبقى مافى يده لاعلى وجه القضاء اذ لاقضاء بدون الدعوى واجتمعت بينة الخارج وذى اليد فيما فى يد صاحب النصف فتقدم بينة الخارج ولو كانت فى يد ثلاثة فادعى واحدهم كلها وآخر ثلثها وآخر نصفها وبرهنوا فهى مقسومة عنده بطريق المنازعة وعندهما بالعول وبيانه فى الكافى فليطالع (ولو برهن خارجان على نتاج دابة وارخا قضى لمن وافق سنها تاريخه) لرجحانه بشهادة الحال ولافرق فى ذلك بين ان تكون الدابة فى ايديهما اوفى يد احدهما اوفى يد ثالث لان المعنى لايختلف (وان اشكل) اى سنها بان لايوافق التاريخين لعدم العلم (فلهما) اى يقضى لهما لعدم رجحان احد البرهانين (وان خالفهما) اى خالف السن التاريخين معا (بطلا) اى البرهانان لظهور كذب كل من الفريقين فتترك الدابة بغير قضاء فى يد صاحب اليد كما فى الهداية وغيرها وفى التبيين والاصح انهما لايبطلان بل يقضى بها بينهما ان كانا خارجين اوكانت فى ايديهما وان كانت فى يد احدهما يقضى بها بينهما وتمامه فيه فليطالع (وان برهن احد الخارجين على غصب شئ والآخر على وديعته استويا) لان المودع اذا انكر الوديعة يصير غاصبا وبرهان الوديعة يتضمن انكار صاحب يد

فصل فى التنازع بالايدى

لما فرغ من بيان وقوع الملك بالبينة شرع فى وقوعه بظاهر اليد لما ان الاول اقوى ولهذا اذا قامت البينة لايلتفت الى اليد فقال (لابس الثوب اولى من الآخذ بكمه والراكب احق من الآخذ باللجام ومن فى السرج احق من الرديف) اى لو تنازعا ثوبا احدهما لابس والآخر آخذ بكمه وغيره من الاطراف ولابينة لهم فاللابس اولى من الآخذ فى كونه صاحب اليد لانه متصرف ومستعمل وكذا لو تنازعا دابة احدهما راكبها والآخر آخذ بلجامها فالراكب اولى فى كونه ذا يد اذ تصرفه اقوى وكذا لو تنازعا دابة احدهما راكب بسرجها والآخر رديفه فالاول احق لان تمكنه من ذلك دليل على تقدم يده وقيل هى بينهما على السواء (وصاحب الحمل اولى ممن علق كوزه عليها) اى اذا تنازعا فى دابة وعليها حمل لاحدهما وللآخر كوز والاول اولى من كونه ذا يد لانه اكثر تصرفا فيها ولاترجيح بكثرة الحمل ان كانا حملاها وتنازعا كما لاعبرة بكثرة الشهود واذا اقاما بينة فى هذه الصور فبينة من كان فى حكم خارج اولى لما مر مرارا (والراكبان بلا سرج او) راكبان (فيه) اى فى السرج (سواء) لاستوائهما فى التصرف ولو كان احدهما متعلقا بذنبها والآخر ممسكا بلجامها قالوا

ينبغي ان يقضى بها لمن يمسك لجامها لانه لايتعلق باللجام غالبا الا المالك بخلاف التعلق بالذنب (وكذا الجالس على البساط والمتعلق به سواء) اى اذا تنازعا فى بساط احدهما قاعد عليه والآخر متعلق به فهو بينهما نصفان لا على طريق القضاء لان الجلوس عليه ليس بيد فاستويا فى عدم اليد بخلاف الركوب واللبس لان المرء يصير بهما غاصبا لا بالجلوس وكذا اذا كانا جالسين عليه فهو بينهما (ومن معه) اى وكذا ان كان (ثوب) فى يد رجل (وطرفه مع آخر) حيث ينصف بينهما وان كان يد احدهما فى الاكثر لان الزيادة ليست من جنس الحجة فان كل واحد منهما مستمسك باليد الا ان احدهما اكثر استمساكا ومثل تلك لا يوجب الرجحان وفيه اشارة الى الفرق بين هذا وبين مسئلة القميص لان الزيادة ليست من جنس الحجة فان الحجة هى اليد والزيادة هى الاستعمال كما فى العناية بخلاف جالسى الدار تنازعا فيها حيث لايقضى بينهما لا بطريق الترك ولا بغيره لان الجلوس لايدل على الملك (والحائط) وهو الجدار (لمن جذوعه عليه) اى على الحائط (او اتصل بنائه اتصال تربيع) اتصال التربيع اتصال جدار بجدار بحيث يتداخل لبنات هذا الجدار فى لبنات ذلك وانما سمى اتصال التربيع لانهما يبنيان ليحيطا مع جدارين آخرين بمكان مربع وان كان الجدار من خشب فالتربيع ان يكون ساج احدهما مركبا فى الآخر واما اذا انقب وادخل فلا يكون مربعا فلاعبرة به ولا باتصال الملازقة من غير تربيع لعدم المداخلة فلا يدل على انهما بنيا معا (لا لمن له عليه هرادى) وهى خشبات توضع على الجذوع ويلق عليها التراب فانها غير معتبرة وكذا البوارى لانه لم يكن استعمالا له وضعا اذ الحائط لا يبنى لها بل للتسقيف وهو لايمكن على الهرادى والبوارى كما فى الدرر (بل الجاران فيه سواء) يعنى اذا تنازعا فى حائط ولاحدهما عليه هرادى وليس للآخر شئ فهو بينهما لان الحائط لايبنى لاجلها بخلاف الجذوع (وان كان لكل) من الرجلين (عليه) اى على الحائط (ثلاثة جذوع فبينهما) لاستوائهما فى اصل العلة (ولا ترجيح بالاكثر منها) اى من الثلاثة يعنى ولا عبرة بالكثرة والقلة بعد ان يبلغ ثلاثا لان الترجيح بالقوة لا بالكثرة على ما بينا واشترط ان يبلغ ثلاثا لان الحائط يبنى للتسقيف وذلك لا يحصل بما دون الثلاث غالبا فصار الثلاث كالنصاب له (وان كان لاحدهما ثلاثة) جذوع (وللآخر اقل فهو) اى الحائط (لصاحب الثلاثة) استحسانا وهو قول الامام والقياس وهو مروى عن الامام ان يكون بينهما نصفين لما بينا ان الترجيح بالقوة لا بالكثرة فيستويان ووجه الاستحسان اما دون الثلاث حجة ناقصة

اذ لا يبنى الحائط فيما دونه والجذة الناقصة لا تظهر بمقابلة الكاملة (وللاخر موضع خشبه) باتفاق الروايات لان حكمنا بالحائط لصاحب الجذوع بالظاهر وهو يصلح بالدفع لا للاستحقاق فلا يؤمر بالقلع ثم اختلف الروايات بعد ذلك فى انه يملك ذلك الموضع اولا ذكر فى كتاب الدعوى ان الحائط بينهما على قدر الاجذاع لان موضع جذعه مشغول بجذعه فيكون فى يده حقيقة باعتبار الاستعمال فيثبت لكل واحد منهما الملك فيما تحت خشبته لوجود سبب الاستحقاق فيه وصححه قاضيخان وفى كتاب الاقرار ان الحائط كله لصاحب الاجذاع ولصاحب القليل ما تحت جذعه يريد به حق الوضع لان الحائط لا يبنى لاجل جذع او جذعين عادة وانما ينصب له اسطوانة فلا يحكم له بالملك وفى المحيط وهو اصح وتمامه فى التبيين فليطالع (ولو) كان (لاحدهما جذوع وللاخر اتصال فلذى الاتصال) اى صاحب الاتصال (اولى وللاخر) اى لصاحب الجذوع (حق الوضع) وهذه رواية الطحاوى وصححه الجرجانى لان الحائطين بهذا الاتصال كبناء واحد فالقضاء ببعضه يصير قضاء بكله ثم يبقى للاخر وضع جذوعه لما بينا ولا فرق بين ان يكون الاتصال من جانب او من جانبين (وقيل لذى الجذوع) اى صاحب الجذوع اولى ورجح السرخسى هذه الرواية لان له تصرفا فى الحائط ولصاحب الاتصال اليد والتصرف اقوى فى الدلالة على الملك وفى المحيط الايدى فى الحائط على ثلاث مراتب اتصال تربيع واتصال ملازقة ومجاورة ووضع جذوع ومحاذاة بناء فاوليهم صاحب التربيع ثم صاحب جذوع ثم صاحب المحاذاة (وذو بيت من دار كذى بيوت منها) اى من الدار (فى حق ساحتها) اى الساحة نصفان بينهما لاستوائهما فى الاستعمال وهو المرور فيها والتوضئ وكسر الحطب ووضع الامتعة ونحو ذلك فصارت نظير الطريق بخلاف ما اذا تنازعا فى الشرب حيث يقسم بينهما على قدر اراضيهما (ولو ادعيا ارضا كل منهما يدعى انها) اى الارض (فى يده وبرهنا) كذلك (قضى بيدهما) لان اليد فيها غير مشاهد لتعذر احضارها والبينة تثبت ما غاب عن علم القاضى (فان برهن احدهما) فقط (او كان) احدهما (لبن فيها) اى فى الارض لبنا (او بنى) فيها (او حفر) فيها (قضى بيده) اما الاول فلقيام الحجة فان اليد حق مقصود واما فى الصور الباقية فلوجود التصرف والاستعمال ولو قال او تصرفا بدل او كان لبن فيها او بنى او حفر لكان اشمل واقصر تدبر (ومن فى يده صبى يعبر عن نفسه) اى يتكلم ويعلم ما يقول (قال انا حر) وانكر صاحب اليد (فالقول له) لانه ان كان يعبر عن نفسه فهو فى يد نفسه

فلا يقبل دعوى احد عليه انه عبده عند انكاره الا ببينة كالبالغ (وان قال) هذا الصبي (انا عبد لفلان) وهو غيرذي اليد (فهو عبد لذي اليد) بالاجماع لانه لما اقر بكونه رقيقا لفلان اقرانه ليس له استقلال ولا قدرة على نفسه فلا يعمل باقراره ويكون عبدالذي اليد لا للخارج الا بالبينة لا يقال ان الاقرار بالرق ضرر وكان الواجب ان لا يعتبر في حق الصبي لان الرق لم يثبت بقوله بل بدعوى ذي اليد لعدم المعارض وتمامه في التبيين فليراجع (وكذا من لا يعبر عن نفسه) اذ هو بمنزلة المتاع فيكون ملكا لمن هو في يده ان ادعاه لعدم المعارض من يد على نفسه حقيقة او حكما (فلو ادعى الحرية عند كبره لا يقبل بلا حجة) اي لو كبر وادعى الحرية فلا يقبل قوله لانه ظهر عليه الرق فلا ينقض ذلك الا ببينة

﴿ باب دعوى النسب ﴾

لما فرغ من بيان دعوى الاموال شرع في دعوى النسب لان الاول اكثر وقوعا فكان اهم ذكرا فقدمه (ولدت مبيعة لاقل من نصف سنة) قرية (منذ بيعت فادعاه) اي الولد (البايع) اي بايع المبيعة (ولو اكثر) من واحد (فهو) اي الولد (ابنه) فيثبت نسبه من البايع بدعوته وان لم يصدقه المشتري لتيقن العلوق قبل البيع في ملكه مع دعوة لم تبطل بالبيع والمراد من المبيعة الجارية التي لا تباع الامرة كما هو المتبادر فبهذا اندفع ماقيل من انه واجب عليه ان يقول منذ بيعت وقد ملكها سنتين احترازا عما اذا بيعت مرتين فولدت لاقل من ستة اشهر فانه حينئذ لم يتيقن ان العلوق في ملك البايع الاول او الثاني (وهي) اي الجارية (ام ولده) لان العلوق وقع في ملكه بيقين (ويفسخ البيع) لعدم جواز بيع ام الولد فيأخذ البايع المبيعة (ويرد الثمن) لعدم سلامة المبيع للمشتري (وان) وصلية (ادعاه) اي النسب (المشتري مع دعوته) اي البايع (او) ادعاه المشتري (بعدها) لان دعوة البايع دعوة استيلاد لكون اصل العلوق في ملكه ودعوة المشتري دعوة تحرير اذ اصل العلوق لم يكن في ملكه والاول اقوى واسبق هذا عندنا وهو استحسان لان العلوق لما اتصل بملكه كان ذلك على كونه منه شهادة ظاهرة حيث ان الظاهر عدم الزنا مع ان النسب مبناه على الخفاء فيعفى فيه التناقض والقياس وهو قول زفر والائمة الثلاثة دعوته باطلة لان البيع اعتراف منه بانها امته وبالدعوة يكون مناقضا واذا بطلت دعواه لم يثبت النسب بدون الدعوة الا ان يصدقه المشتري اما لو ادعى المشتري اولا ثم ادعاه البايع لا يثبت النسب من البايع لان النسب الثابت

من المشترى لايحتمل النقض كاعتاقه اذيحتمل على ان المشترى نكحها واستولدها ثم اشتراها (وكذا) يثبت النسب من البايع (لوادعاه) اى البايع (بعد موت الام اوعتقها) اى ان ماتت الام ثم ادعاه البايع وقد ولدت للاقل يثبت النسب من البايع ويأخذ الولد لان الاصل فى ثبوت النسب هو الولد لا الام ولذا تضاف الام اليه و يقال ام الولد وتستفيد الام الحرية من جهته لقوله عليه السلام اعتقها ولدها فالثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والادنى يتبع الاعلى فلايضره فوات التبع وكذا لوادعى البايع الولد المولود لاقل من نصف سنة بعد اعتاق المشترى الام يثبت نسبه و يحكم بحريته لافى حق الام فلاتصير ام الولد للبايع لان دعوته ان صحت فى حق الام بطل اعتاق المشترى والعتق بعد وقوعه لايحتمل البطلان (ويرد حصته) اى حصة الولد (من الثمن فى العتق) اى يقسم الثمن على قيمتى الولد والام و يرد مااصاب الولد من القيمة يوم الولادة دون مااصاب الام من القيمة يوم القبض (و) يرد (كل الثمن فى الموت) عند الامام لانه تبين انه باع ام ولده وماليتها غير متقومة عنده فى العقد والغصب فلا يضمنها المشترى (وقالا) يرد (حصته فيهما) اى فى العتق والموت لانها متقومة عندهما فيضمنها فعلى ماذكره يكون رد حصته من الثمن لاحصتها متفقا عليه انما الخلاف فى الموت لكن فى الدرر وغيره اذا اعتق المشترى الام اودبرها يرد البايع على المشترى حصته من الثمن عندهما وعنده يرد كل الثمن فى الصحيح كما فى الموت كذا ذكر فى الهداية فعلى هذا ان الخلاف ثابت فيهما على مااختاره صاحب الهداية والمص اختار ماذكر فى المبسوط حيث قال يرد حصته من الثمن لاحصتها بالاتفاق وفرق على هذا بين الموت والعتق بان القاضى كذب البايع فيما زعم حيث جعلها معتقة من المشترى فبطل زعمه ولم يوجد التكذيب فى فصل الموت فيؤخذ بزعمه فيسترد بحصتها ايضا كما فى الكافى (ولوادعاه) البايع (بعد موته) اى بعد موت الولد (اوعتقه ردت) دعواه لعدم حاجته الى النسب بعد الموت وكذا بعد عتقه لما ذكرنا ان الولد هو الاصل (ولوولدت) الجارية المبيعة (لاكثر من نصف سنة واقل من سنتين) منذ بيعت (ان صدقه المشترى) الدعوة (فالحكم كالاول) يعنى ثبت نسبه وامية ويفسخ البيع ويرد الثمن عندنا خلافا لزفر والشافعى على مامر (والا) اى وان لم يصدقه المشترى (فلايثبت النسب) لاحتمال ان لايكون العلوق فى ملكه فلم توجد الحجة فلابد من تصديقه فاذا صدقه فقد رضى باسقاط حقه فيثبت النسب (وان) ولدت (لاكثر من سنتين) منذ بيعت (لاتصح دعوته) لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه وهو الاصل (فان صدقه

المشترى) البايع (ثبت نسبه) اى نسب الولد (وحمل على النكاح ولا يرد المبيع ولا يعتق ولده) ولا تصير الامة ام ولد لحدوث العلوق بعد البيع ولا يستند على ماقبله حتى لزم بطلان بيعه والامة ام ولد لبايعه بملك نكاح بان ملكها ثم باعها فاستولدها بالنكاح حملا لامره على الصلاح (وان باع عبدا ولد عنده) اى عند البايع وكان العلوق ايضا عنده (ثم ادعاه بعد بيع مشتريه) من آخر (صحت دعوته) ويكون هو ابنه (ورد بيع مشتريه) لان اتصال العلوق بملكه كالبينة والبيع يحتمل النقض وماله من حق الدعوة لا يحتمله فينتقض البيع لاجله (وكذا) الحكم (لو كاتبه) اى الولد (المشترى او) كاتب المشترى (امه اورهن) الولد اوامه (اوآجر) الولد اوامه (اوزوجها) اى الام (ثم كانت الدعوة صحت) اى دعوته (ونقضت هذه التصرفات) لان هذه العوارض يحتمل النقض فينتقض ذلك كله وتصح الدعوة بخلاف الاعتاق والتدبير لانهما لا يحتملان النقض على مامر (ولو باع احد التوأمين ولدا عنده فاعتقه مشتريه ثم ادعى البايع) التوأم (الآخر ثبت نسبهما منه) لانهما خلقا من ماء واحد (وبطل عتق المشترى) اذ ثبوت نسب احدهما يستلزم نسب الآخر هذا اذا كان اصل العلوق فى ملك البايع وان لم يكن فى ملكه يثبت نسبهما منه عند تصديق المشترى ولا يبطل عتق المشترى ولا ينتقض بيع البايع لان هذه دعوة تحرير فيقتصر على محل ولايته (ومن فى يده صبى) لا يعبر عن نفسه (لو قال هو ابن زيد) او هو ابن عبد فلان الغائب (ثم قال هو ابنى لا يكون ابنه) اى ابن ذى اليد (وان) وصلية (جحد زيد بنوته) عند الامام لان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار بمثله لا يرتد بالرد فبقى فتمتنع دعوته واذا صدقه زيد اولم يدر تصديقه ولا تكذيبه لم تصح دعوة المقر عندهم (وعندهما يصح ان جحد) زيد بنوته وهو ابن ذى اليد لان الاقرار ارتد بالرد فصار كأن لم يكن والاقرار يرتد بالرد وان كان لا يحتمل النقض وفى الدرر نقلا عن العمادية ولو قال لصبى هذا الولد منى ثم قال ليس منى ثم قال هو منى يصح اذ بالاقرار بانه ابنى تعلق حق المقر والمقر له اما حق المقر له فانه ثبت نسبه من رجل معين حتى ينتفى كونه مخلوقا من ماء الزنا فاذا قال ليس هذا الولد منى لا يملك ابطال حق الولد فاذا عاد الى التصديق يصح ولو قال هذا الولد منى ثم قال ليس منى لا يصح النفى لان النسب ثبت واذا ثبت لا ينتفى بالنفى وهذا اذا صدقه الابن اما بغير التصديق يثبت النسب لانه اقرار على الغير بانه جزئى لكن اذا لم يصدقه الابن ثم عاد الى التصديق فلا يثبت النسب لان اقرار الاب لم يبطل بعدم تصديق الابن فيثبت النسب ولو انكر الاب الاقرار فاقام الابن البينة انه اقر انى ابنه تقبل والاقرار بانه ابنى مقبول لانه اقرار

على نفسه بانه جزؤه اما الاقرار بانه اخوه لاتقبل لانه اقرار على الغير (ولو كان) الصبى (فى يد مسلم وذمى فادعى المسلم رقه و) ادعى (الكافر بنوته فهو حر ابن الكافر) لان الاسلام مرجح اينما كان والترجيح يستدعى التعارض ولاتعارض ههنا لان النظر للصبى واجب ونظره فيما ذكرنا اوفر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفى عكسه الحكم بالاسلام تبعا وحرمانه عن الحرية اذ ليس فى وسعه اكتسابها وتمامه فى العناية فليطالع قيل مسلم ايضا حالا بحكم الاسلام لاعبد لمسلم هذا اذا ادعيا معا وان سبق دعوى المسلم كان عبداله وان ادعيا البنوة كان ابنا لمسلم لحصول الاسلام حالا (و) لو كان الصبى (فى يد زوجين فزعم) الزوج (انه ابنها من غيرها فزعمت) الزوجة (انه ابنها من غيره فهو) اى الولد (ابنهما) لان كلا منهما اقر للولد بالنسب وهو فى ايديهما ثم يريد كل منهما ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه والمراد من الصبى الصبى الغير المعبر والا فهو لمن صدقه (ولو استولد مشتراته) يعنى لو اشترى امة فولدت منه وادعاه (ثم استحقت) الامة بدعوى مستحق (فالولد حر) وكذا اذا ملكها بسبب آخر غير الشراء اى سبب كان كالارث والهبة والوصية وكذا اذا تزوجها على انها حرة فولدت له فاستحقت كما فى اكثر المعتبرات فعلى هذا لو قال ولو ملك امة باى سبب كان لكان اشمل (وعلى الاب قيمته) اى قيمة الولد باجماع الصحابة رضوان الله تعالى عليهم اجمعين ولان النظر من الجانبين واجب فيجعل الولد حر الاصل فى حق ابيه ورقيقا فى حق مدعيه نظرا لهما (يوم الخصومة) لانه يوم المنع كولد المغصوبة (فان مات الولد قبل) الخصومة اذ بعد الخصومة يغرم لتحقق المنع منه (فلاشئ على ابيه) لانعدام المنع (وتركته له) اى تكون تركة الولد ميراثا لابيه سواء كان قبل الخصومة او بعدها لكونه حر الاصل اذ الولد فى حيوته احق بماله فيكون الاب احق بعد وفاته لانه خلفه (وان قتله الاب غرم قيمته) لتحقق المنع من الاب بقتله (وكذا ان قتله غيره) اى غير الاب (فاخذ ديته) اى اخذ الاب مقدار قيمة الولد لان سلامة بدله كسلامته ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته كما اذا كان حيا (ويرجع) المشترى (بقيمته) اى قيمة الولد التى ضمنها (وبالثمن) اى ثمن الجارية (على بايعه) لان البايع ضمن له سلامة الولد لكونه جزء المبيع اذ الغرور يشمل سلامة جميع اجزاء المبيع (لا) يرجع (بالعقر) الذى اخذ منه المستحق لانه بدل استيفاء منفعة البضع وهى ليست من اجزاء المبيع فلم يكن البايع ضامنا لسلامته وعند الائمة الثلاثة يرجع بالعقر ايضا ولو باعها المشترى من آخر فاستولدها الثانى ثم استحقت رجع المشترى الثانى على البايع الثانى

بالثمن وبقية الولد والمشترى الاول على البايع الاول بالثمن ولايرجع عليه بقية الولد عند الامام وقالا يرجع عليه بقية الولد ايضا وفى الدرر ادعى العصوبة و بين النسب و برهن الخصم ان النسب بخلافه ان قضى بالاول لم يقض به والا تساقطا للتعارض وعدم الاولوية برهن انه ابن عمه لابيه وامه و برهن الدافع انه ابن عمه لامه فقط اوعلى اقرار الميت به اى بانه ابن عمه لامه فقط كان دفعا قبل القضاء بالاول لابعده لتأكده بالقضاء بخلاف الاول ادعى ميراثا بالعصوبة فدفعه ان يدعى خصمه قبل الحكم اقراره مفعول يدعى بانه من ذوى الارحام اذ يكون حينئذ بين كلاميه تناقض انتهى

كتاب الاقرار

مناسبته بالدعوى لان حال المدعى عليه دائر بين الاقرار والانكار وان الاقرار اقرب لان الغالب فى حال المسلم الصدق (هو) لغة الاثبات من قر الشئ قرارا اذا قام وثبت ومنه ثابت القدم لمن قر و يقال اقره اقرارا اذا اقامه هذا فى الحسى واما فى القول يقال اقر به اذا اظهر بالقول وشرعا (اخبار) اى اعلام بالقول فلو كتب او اشار ولم يقل شيأ لم يكن اقرارا و يدخل فيه ما اذا كتب الى الغائب اما بعد فله على كذا فانه كالقول شرعا كما فى القهستانى (بحق) اى بما يثبت و يسقط من عين وغيره لكنه لايستعمل الا فى حق المالية فيخرج عنه ما دخل من حق التعزير ونحوه (لاخر على نفسه) اى لغير المخبر على المخبر اما لنفسه على آخر فهو دعوى ولآخر على آخر فهو شهادة وفى ماقاله ابو المكارم من ان التعريف منقوض باقرار الوكيل فى حق الموكل كلام لنيابته منابه شرعا والدليل على حجيته الكتاب والسنة واجماع الامة ونوع من المعقول وشرطه الحرية والعقل والبلوغ و ركنه ان يقول المقر لفلان على كذا (ولايصح) الاقرار (الا لمعلوم) اى لشخص معلوم لان المجهول لايصلح مستحقا وفى المنح واما جهالة المقر له فانعة من صحته ان تفاحشت كلواحد من الناس على كذا والا كلاحد هذين على كذا لاولا يجبر على البيان ولكل منهما ان يحلفه وفى الدرر وان لم يتفاحش بان اقر بانه غصب هذا العبد من هذا او من هذا فانه لا يصح عند شمس الائمة السرخسى لانه اقرار للمجهول وانه لايفيد وقيل يصح وهو الاصح وتمامه فيه فليطالع (وحكمه) اى الاقرار (ظهور المقر به) اى المخبر به للمقر له عليه (لاانشاؤه) اى لاثبات المقر به له بهذا اللفظ ولذا قالوا ان المقر له اذا علم ان المقر كاذب فى اقراره ثم اخذه منه لم يحل له ديانة الا ان اخذه عن طيب نفسه فانه تمليك مبتدأ وانما لم يكتف بالاثبات عن النفى

وجعهما مبالغة في رد ماقال بعض المشايخ ان الاقرار انشاء وانما اطلق اشارة الى ان تصديق المقرله لم يشترط وان ارتد برده ولو صدقه ثم رده لم يصح الرد ولورده ثم اعاد اقراره صح الاقرار كما في القهستاني وقد فرع على كون حكم الاقرار ظهور المقر به لا انشاؤه بقوله (فصح الاقرار بالخمر للمسلم) ولو كان الاقرار انشاء لما صح لان المسلم لا يصح له تمليك الخمر وفي المحيط لو اقر بخمر للمسلم يصح و يؤمر بتسليمها اذا طلب استردادها ولو اقر بخمر مستهلك لمسلم لا يصح لانه لا يجب للمسلم بدل الخمر (لا) يصح الاقرار (بطلاق وعتاق مكرها) لقيام دليل الكذب وهو الاكراه ولو كان انشاء لصح لان طلاق المكره واعتاقه واقعان عندنا (واذا اقر حر) وانما شرط الحرية ليصح اقراره مطلقا لان العبد المحجور عليه يتأخر اقراره بالمال الى مابعد العتق وكذا المأذون فيما ليس من باب التجارة كالمهر لوطئ امرأة تزوجها بغير اذن مولاه والجناية الموجبة للمال لان الاذن لا يتناول الا التجارة فلم يكن مسلطا عليه بخلاف ما اذا اقر بالحدود والقصاص (مكلف) لان اقرار المجنون والمعتوه والصبي العاقل لا يصح لانعدام اهلية الالتزام الا اذا كان الصبي والمعتوه مأذونا له في التجارة فيصح اقراره كما هو من ضرورات التجارة كالدين والوديعة والعارية والمضاربة والغصب دون ماليس منها كالمهر والجناية والكفالة لدخول ما كان من باب التجارة تحت الاذن دون غيره والنائم والمغمى عليه كالمجنون لعدم التمييز واقرار السكران جائز مطلقا اذا كان سكره بطريق محظور الا اذا اقر فيما يقبل الرجوع كالحدود الخالصة لله تعالى وان سكر بطريق مباح كالشرب مكرها وكذا شرب المتخذ من الحبوب والعسل عندهما خلافا لمحمد (بحق معلوم اومجهول كشئ وحق اى قال لفلان على شئ اوحق (صح) اقراره لان جهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار لان الحق قد يلزمه مجهولا بان اتلف مالا لا يدرى اوجرح جراحة لا يدرى ارشها (ولزمه) فيما اقر بمجهول (بيان المجهول) حتى لو امتنع اجبره القاضي على بيانه (بماله قيمة) لانه اخبر عن الواجب في ذمته ومالا قيمة له لا يجب كحبة من الحنطة فلا يقبل قوله بل يحمل على الرجوع فيجبر على البيان وفي المحيط ولو قال لفلان على حق ثم قال عنيت به حق الاسلام او الجار لا يصدق الا اذا قال ذلك موصولا لانه بيان باعتبار العرف خلافا للائمة الثلاثة (والقول قوله) اى قول المقر (مع يمينه ان ادعى المقرله اكثر) مما بينه المقر بلا برهان لانكاره الزيادة والقول للمنكر وفي المنح تفصيل فليراجع وفي القهستاني لو انكر الاقرار بمجهول واراد اقامة البينة عليه لم يقبل لان جهالة المشهود به تمنع صحة الشهادة وتمامه في الجواهر والتحفة (وفي) قوله (له على مال يصدق في اقل من درهم)

لان ما دونه من الكسور لايطلق عليه اسم المال عادة وهو المعتبر خلافا للائمة الثلاثة (ولزم فى) قوله على (مال عظيم نصاب مما بين به فضة او غيرها) لان النصاب العظيم يجعل صاحبه غنيا هذا قولهما ورواية عن الامام وعنه انه يصدق فى عشرة دراهم لانهما مال عظيم حتى تقطع بها اليد و يستباح البضع قيل الاصح على قول الامام ان ينظر الى حال المقر فى الفقر والغنى فان القليل عند الفقير عظيم والكثير عند الغنى ليس بعظيم وهو فى الشرع متعارض فان المأتين فى الزكوة عظيم وفى السرقة والمهر العشرة عظيمة فيرجع الى حال المقر (ومن الابل خمسة وعشرون) اى لزم فى قوله على مال عظيم من الابل خمسة وعشرون ابلا لانه اول نصاب تجب فيه الزكوة من جنسه فهو عظيم من وجه دون وجه والمطلق ينصرف الى الكامل وفى المنح وان قال غصبت ابلا كثيرة او بقرا كثيرة او غنما كثيرة ينصرف الى اقل نصاب يؤخذ منه ماهو من جنسه عندهما وهو خمسة وعشرون من الابل والثلثون من البقر والاربعون من الغنم وعنده يرجع الى بيان المقر (ومن البر خمسة او سق) لانه المقدر بالنصاب عندهما وعند الامام يرجع الى بيان المقر وقول المص مما بين الى هنا لايخ عن التشوش يظهر لك عند التأمل (ومن غير مال الزكوة لزمه قيمة النصاب) فلا يصدق فى اقل من مقدار النصاب قيمة فى غير مال الزكوة كالحمار والبغل لان قدر قيمة عظيم ايضا وعن الامام انه مقدر بعشرة دراهم كما فى الاختيار (و) لزم فى (له على اموال عظام ثلثة نصب) من اى مال كان فسره به لان اقل الجمع ثلثة فلا يصدق فى اقل منه للتيقن به (و) فى (دراهم ثلثة) بالاجماع اعتبارا لادنى الجمع (و) فى (دراهم كثيرة عشرة) عند الامام لانها اقصى ما ينتهى اليه اسم الجمع (وعندهما نصاب) وهو مائتا درهم لان صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره بخلاف ما دونه وعلى هذا الخلاف اذا قال على دنانير كثيرة عندهما ينصرف الى النصاب وعنده الى العشرة وكذا اذا قال على ثياب كثيرة فعنده عشرة وعندهما يلزمه ما يساوى مأتى درهم ولو قال على مال نفيس او كريم او خطير او جليل قال الناطفى لم اجده منصوصا عليه وكان الجرجانى يقول يلزمه مائتان (و) لو قال له (على كذا درهما) لزم (درهم) لان كذا مبهم ودرهما تفسير له وفى التتمة والذخيرة يلزمه درهمان لان كذا كناية عن العدد واقل العدد اثنان لان الواحد ليس بعدد وفى شرح المختار قيل يلزمه عشرون وهو القياس لان كذا يذكر للعدد عرفا واقل عدد غير مركب يذكر بعده الدرهم بالنصب عشرون ولو ذكره بالخفض روى عن محمد يلزمه

مائة ولوقال له على درهم عظيم يلزمه درهم واحد ولوقال على دريهم يلزمه درهم تام لان التصغير قديذكر على سبيل الاستقلال فلا ينقص عن الوزن والمعتبر هو الوزن المعتاد فى كل زمان ومكان (و) لوقال بلا واوله على (كذا كذا) درهما لزم (احد عشر) درهما لان كذا كناية عن العددين بالاضافة وهو من احد عشر الى تسعة عشر فيحمل على الاقل لتيقنه وعند الشافعى يلزمه درهم (وان ثلث) اى قال بلا واوله على كذا كذا كذا درهما (فكذلك) اى يلزمه احد عشر ايضا لانه لانظيرله فى الفاظ العدد فيحمل الاخير على التكرار اوالتأكيد (و) لوقال له على (كذا وكذا) بحرف العطف لزم (احد وعشرون) درهما لانه فصل بينهما بحرف العطف واقل ذلك من العدد المفسر احد وعشرون واكثره تسعة وتسعون فالاول يلزمه من غير بيان والزيادة تقف على بيانه وعند الشافعى يلزمه درهمان (وان ثلث) لفظ كذا (بالواو زيد مائة) اى يلزمه مائة واحد وعشرون لانه اقل مايعبر عنه بثلثة اعداد مع الواو (وان ربع) لفظ كذا مع تثليث الواو (زيد الف) على مائة واحد وعشرين لانه اقل مايعبر عنه باربع اعداد مع الواو فيحمل على الاقل المتيقن دون الاكثر اذ الاصل فى الذمم البراءة ولو خمس يزاد عشرة آلاف ولو سدس يزاد مائة الف ولو سبع يزاد الف الف وكلما زاد عدد معطوفا بالواو زيد عليه ماجرت العادة به الى مالايتناهى كما فى البحر (وكذا كل مكيل وموزون) فى جميع ماذكر من الصور (و بشرك فى عبد) يعنى اذا قال له شرك فى هذا العبد (فهو نصف عند ابى يوسف) لان الشرك بمعنى الشركة وهى تنبئ عن التسوية (وعند محمد يؤمر بالبيان) لان الشرك يجئ بمعنى النصب وهو مجمل فعليه بيانه بماشاء وفى التسهيل والفتوى على قول ابى يوسف (وقوله على اوقبلى اقرار بدين) اى لوقال له على اوقال له قبلى فهو اقرار بدين لان على للوجوب ولفظ قبلى يستعمل فى الضمان كما مر فى الكفالة وفى القدورى انه امانة والاول اصح كما فى الهداية وغيرها (فان وصل به) اى قال المقر بلاتراخ (هو وديعة صدق) لان اللفظ يحتمله مجازا حيث يكون المضمون حفظه والمال محله فيكون من قبيل ذكر المحل وارادة الحال مجازا فيصدق موصولا كما فى الهداية وغيرها وفى المنح ولكنه خلاف الظاهر فلا ينصرف اليه عند الاطلاق ويجوز تفسيره به متصلا لانه يحتمله مجازا (وان فصل لا) يصدق كالاستثناء والتخصيص (و) لوقال (عندى او قال (معى او) قال (فى بيتى اوفى صندوقى اوكيسى) فهو (اقرار بامانة) لان هذه المواضع محل للعين لا للدين اذ الدين محله الذمة والعين يحتمل ان تكون

مضمونة والامانة ادناهما فيحمل عليها وهذا لان كلمة عندللظرف ومع للقران وماعداهما لمكان معين فيكون من خصائص العين ولايحتمل الدين لاستحالة كونه في هذه الاماكن كما في المنح (ولوقال لمن ادعى العا اتزنها) امر معناه خذ بالوزن الواجب لك علي وانما انث الضمير مع ان الالف من العدد اعتبارا للدراهم (اوانتقدها اواجلني بها اوقد قضيتكها اوابرأتني منها اووهبتها لى اوتصدقت بها علي اواحلتك بها فقد اقر) الالف لان الهاء كناية عن المذكور في الدعوى في جميع ذلك فصار كأنه اعاد المدعى فيكون اقرارا بها الا اذا تصادقا انه على سبيل الاستهزاء اوشهد الشهود بذلك اما اذا ادعى انه قال مستهزئا لم تقبل منه (وبلا ضمير لا) اى لايكون اقرارا بها كما اذا قال اتزن او انتقد لانه لادليل حينئذ على انصرافه الى المذكور فيكون كلاما مبتدأ فلا يلزمه شئ والاصل فيه ان الجواب ينتظم باعادة الخطاب ليفيد الكلام فكل مايصلح جوابا ولايصلح ابتداء يجعل جوابا وما يصلح للابتداء لا للبناء او يصلح لهما فانه يجعل ابتداء فان ذكر هاء الكناية يصلح جوابا لا ابتداء واذا لم يذكر الهاء لايصلح جوابا اويصلح جوابا او ابتداء فلايكون اقرارا بالشك وفي المحيط ولوقال لي عليك الف فقال نعم يكون اقرارا ولو اومى برأسه لا لان الاشارة لاتقوم مقام الكلام من غير الاخرس ولوقال رجل لاخر اعطني ثوب عبدى هذا فقال نعم كان اقرارا منه بالعبد والثوب له ولوقال اعطني سرج دابتي هذه اولجامها اوافتح باب داري اوجصصها فقال نعم كان ذلك اقرارا لان كلمة نعم لاتستقل فلابد من حملها على الجواب كيلا يصير لغوا وفي المنح رجل قال لغيره اقرضتك مائة درهم فقال لها لااعود بها اوقال لااعود بعد ذلك فهو اقرار ولوقال مااستقرضت من احد سواك اوقال من احد غيرك اوقال مااستقرضت من احد قبلك اوقال مااستقرضت من احد بعدك لم يكن اقرارا قال اليس لى عليك الف درهم فقال المخاطب في جوابه بلى فهو اقرار له بالالف وان قال نعم لايكون اقرارا وتمامه فيه فليراجع (ولواقر بدين مؤجل وقال المقر له هو حال لزمه) اى المقر حال كون الدين (حالا) لانه اقر بحق على نفسه وادعى لنفسه حقا فيه فيصدق في الاقرار بلاحجة دون الدعوى كما لو اقر بعبد في يده انه لفلان استأجره منه فصدقه المقر له في الملك لا الاجارة (وحلف المقر له على الاجل) لكونه منكرا وعند الشافعي في قول واحد لزمه مؤجلا مع يمينه وفي التنوير بخلاف مالو اقر بالدراهم السود فكذبه في صفتها حيث يلزمه اى المقر مااقر به فقط كاقرار الكفيل بدين مؤجل (ولو) قال له (على مائة ودرهم فالكل دراهم) فيلزمه مائة درهم ودرهم استحسانا عندنا لوقوع درهم

تفسيرا لمائة المبهمة والقياس ان يرجع فى تفسير المائة اليه وهو قول الشافعى (وكذا كل مايكال او يوزن) يعنى لوقال له على مائة وقفيز حنطة يلزمه مائة قفيز حنطة وقفيز حنطة (ولو) قال له (على مائة وثوب او) قال له (على مائة وثوبان لزمه تفسيرا لمائة) فيلزمه ثوب واحد فى الاولى وثوبان فى الثانية بالاتفاق لانها مبهمة والثوب عطف عليها لاتفسير لها لان المعطوف لم يوضع لتفسير المعطوف عليه ولم يكن من قبيل الاكتفاء كما فى مائة ودرهم (وان قال) له على (مائة وثلثة اثواب فالكل ثياب) فيلزمه اثواب فى الكل لانه ذكر عددين مبهمين وذكر عقيبهما مميزا بلا واو فينصرف اليهما لاستوائهما فى الحاجة الى التفسير كعدد واحد بالاقتران (ولو اقر بتمر فى قوصرة) وهى وعاء من الخوص وغيره و يقال وعاء للتمر منسوج من قصب وفى الجوهرة القوصرة بتشديد الراء و تخفيفها وعاء التمر يتخذ من قصب وانما سمى قوصرة مادام فيها التمر والا فهى زنبيل (لزماه) اى التمر والقوصرة معا لان غصب الشئ المتبدد لا يتحقق بدون الظرف وكذا الطعام فى السفينة والجوالق بخلاف ماذا قال غصبت من قوصرة اومن سفينة اومن جوالق لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع (او) اقر (بخاتم لزمه الحلقة والفص) لاطلاق الاسم على جميع الاجزاء ولهذا يدخل الفص فى بيعه من غير تسمية (او) اقر (بسيف فالنصل) اى لزمه حديده (والجفن) اى غلافه (والحمايل) وهى علاقة السيف لان اسم السيف يطلق على الكل (او) اقر (بحجلة) بفتحتين (فالكسوة) اى لزمه الكسوة (والعيدان) لانطلاق الاسم على الكل عرفا لانه بيت مزين بالاسرة والثياب والستور وقيل بيت يتخذ من خشب وثياب اسمه خركاه واوتاق (وان) اقر (بدابة فى اصطبل لزمه الدابة فقط) عند الشيخين لان غصب الاصطبل لا يتحقق لعدم امكان النقل لكونه محلا للغير فلا يكون تابعا لها وعلى قياس قول محمد يضمنهما لان غصب غير المنقول يتحقق عنده وعلى هذا الطعام فى البيت (وان) اقر (بثوب فى منديل لزماه) لان المنديل ظرف للثوب (وكذا) ان اقر (بثوب فى ثوب) لزم الظرف كالمظروف لان الاقرار بالمظروف لايتحقق بدون ظرفه (وان) اقر (بثوب فى عشرة اثواب لزمه ثوب واحد عند ابى يوسف) وهو قول الامام اولا لان كلمة فى تستعمل فى البين والوسط قال الله تعالى فادخلى فى عبادى بمعنى بين عبادى فوقع الشك فلم تثبت الظرفية ولان العشرة لاتكون ظرفا لواحد عادة والممتنع عادة كالممتنع حقيقة فيحمل على بيان محله كما لو قال غصبت سرجا على فرس فانه اقرار بغصب سرج فيكون ذكر الفرس بيانا للمحل (و) لزمه (احد عشر عند محمد

لانه قد يجوز ان يلف الثوب النفيس فى عشرة اثواب فصار كقوله حنطة فى جوالق وفى التبيين ماقاله محمد منقوض بما اذا قال غصبت كر باس فى عشرة اثواب حرير يلزمه الكل عنده مع انه ممتنع عرفا (ولو قال) له على (خمسة فى خمسة لزمه خمسة وان) وصلية (نوى الضرب) المصطلح عليه عند الحساب لان المقر به خمسة مضروبة والخمسة اذا ضربت بخمسة تكثر اجزاؤها الا ان عينها يكثر و يبلغ خمسة وعشرين وقال زفر عشرة وقال الحسن يلزمه خمسة وعشرون كما فى الاصلاح (و بنية مع لزمه عشرة) اى لوقال له اردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة بالاتفاق اذ اللفظ يحتمله (وفى قوله على من درهم الى عشرة اوما بين درهم الى عشرة يلزمه تسعة) فيهما عند الامام لان الغاية لاتدخل تحت المغيا لكن الاولى تدخل هنا بالضرورة لان الدرهم الثانى والثالث لايتحقق بدون الاول (وعندهما) والائمة الثلاثة (يلزمه عشرة) لان الغاية لابدان تكون موجودة اذا لمعدوم لايصلح ان يكون حدا للوجود فوجوه بوجوده فتدخل الغايتان وعند زفر يلزمه ثمانية وهو اعتبر الحدين خارجين وهو القياس لان بعض الغايات يدخل و بعضها لا فلا يدخل بالشك (وان قال له من دارى مابين هذا الجدار الى هذا الجدار فله مابينهما فقط) بالاجماع لوجوده بلا انضمام شئ بخلاف قوله على مابين الواحد الى العشرة اذليس للبين وجود مستقل لتوقفه على الواحد فظهر الفرق بينهما (وصح الاقرار بالحمل) المحتمل وجوده وقت الاقرار بان اقر بحمل جارية اوشاة لرجل يصح اقراره بالاتفاق بلا بيان سببه (وحمل على الوصية من غيره) بيانه ان يوصى زيد بحمل جاريته اوشاته لبكر ومات واقر وارثه بان هذا الحمل لبكر (و) صح الاقرار (للحمل ان بين) المقر (سببا صالحا) يتصور للحمل (كارث) بان قال ان مورث الحمل مات فورثه الحمل واستهلكت من ماله المورث الفا مثلا (اووصية) بان قال ان مورثى اوصى فى حيوته بحمل فلانة الفا مثلا لانه بين سببا صالحا فى الصورتين وهو الارث والوصية (فان ولدت) الحامل ولدا (حيا لاقل من نصف حول مذ اقر فله) اى للحمل (ماقر به) المقر لانه كان موجودا وقت الاقرار بيقين (وان) ولدت ولدين (حيين فلهما) اى فالمال بينهما على السوية ان كانا ذكرين اوانثيين وان كان احدهما ذكرا والاخرانثى فكذلك فى الوصية وفى الارث للذكر مثل حظ الانثيين وفى القهستانى وفيه اشارة الى ان الام لو كانت معتدة فولدت لاقل من سنتين من موت احدهما استحق الولد ماقر لانه كان فى البطن والى انه لولم تكن معتدة بل ذات زوج فولدت لاكثر من ستة اشهر لم يستحق (وان) ولدت ولدا (ميتا فللموصى

والمورث) اى يرد المال الى ورثة الموصى والمورث لان هذا الاقرار فى الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد ولادته ولم ينتقل فيكون لورثتهما (وان فسر ببيع او اقراض) اى ان فسر المقر الاقرار بسبب غير صالح بان قال انه باع منى هذه الدار بكذا او اقرضنى او وهب منى كذا لايلزمه شئ اذ لا يتصور شئ منه من الجنين (او ابهم) المقر (الاقرار) بلا بيان سبب اصلا بان قال على لحمل فلانة كذا (لغا) اى يكون اقراره لغوا فلا يلزمه شئ ايضا عند ابى يوسف لان وجوه فساده اكثر كالبيع والشراء والاقراض والهبة من وجوه جوازه كالارث والوصية مع ان الحمل على الجواز متعذر اذ الجمع بينهما غير متصور وليس احدهما بان يعتبر سببا اولى من الاخر فتعين الفساد خلافا لمحمد لان الاقرار من الحجج فيجب اعماله وقد امكن بالحمل على السبب الصالح وفى التنوير والاقرار للرضيع صحيح وان بين سببا غير صالح منه حقيقة كالاقراض (وان اقر بشرط الخيار) بان قال له على الف درهم قرض او غصب او عارية قائمة او مستهلكة على انى بالخيار ثلاثة ايام (لزمه المال وبطل الشرط) لان الاقرار اخبار والاخبار لايقبل الخيار وزاد صاحب المنح قوله وان صدق المقر له لاعبرة بتصديقه الا ان اقر بعقد بيع وقع بالخيار له فانه يصح الاقرار ويثبت الخيار اذا صدقه المقر له او اقام عليه بينة الا ان يكذبه المقر له فلا يثبت الخيار وكان القول قول المقر له كاقراره بدين بسبب كفالة على انه بالخيار فى مدة ولو كانت طويلة فانه يجوز ان صدقه المقر له وفى الغرر اشهدا على الف فى مجلس وآخران فى آخر لزم الفان الامر بكتابة الاقرار احد الورثة اقرار بالدين قيل يلزمه كله وقيل حصته لكن الفتوى فى زماننا بالاول وفى التنوير اقر ثم ادعى المقر انه كاذب فى الاقرار يحلف المقر له انه لم يكن كاذبا عند ابى يوسف وبه يفتى وسيأتى ان شاء الله تعالى فى مسائل شتى وكذا لو ادعى وارث المقر وان كانت الدعوى على ورثة المقر له فاليمين عليهم بالعلم انا لانعلم انه كان كاذبا وفى المنح اذا قال ذو اليد ليس هذا لى او ليس ملكى اولا حق لى فيه او ليس لى فيه حق او ما كان لى او نحو ذلك ولا منازع له حين ما قال ثم ادعى ذلك احد فقال ذو اليد هو لى صح ذلك منه والقول قوله وهذا التناقض لايمنع اقر لرجل بعين لايملكه صح اقراره حتى لو ملكه يوما من الدهر يؤمر بالتسليم الى المقر له طلب الصلح عن الدعوى لايكون اقرارا وطلب الصلح عن المدعى يكون اقرارا ابرأنى عن الدعوى ليس باقرار ابرأنى عن هذا المال اقرار الاقرار بشئ محال باطل وتمامه فيه فليطالع

باب الاستثناء وما فى معناه

لما ذكر موجب الاقرار بلا تغير شرع فى بيان موجبه مع التغير وهو الاستثناء

ومافى معناه فى كونه مغير السابق كالشرط ونحوه والاستثناء تكلم بالباقى بعد الثنيا باعتبار الحاصل من مجموع التركيب ونفى باعتبار الاجزاء هذا عندنا وعند الشافعى اخراج بعد الدخول بطريق المعارضة وهذا مشكل فان الاستثناء جائز فى الطلاق والعتاق ولوكان اخراجا لما صح لانهما لايحتملان الرجوع والرفع بعد الوقوع كما فى التبيين وشرط فى الاستثناء الاتصال بالمستثنى منه الااذا انفصل عنه لضرورة نفس اوسعال اواخذ فم فانه لايقطع الاتصال كما فى الطلاق والنداء بينهما لايضر كقوله لك على الف درهم يافلان الاعشرة بخلاف لك الف فاشهدوا الاكذا ونحوه مما يعد فاصلا فان الاستثناء لايصح معه كما فى المنح وفيه اشارة الى انه لواستثنى منفصلا عن اقراره لايصح لانه يؤدى الى الرجوع عن الاقرار والرجوع عنه غير جائز مطلقا فيلزمه مااقر (صح استثناء بعض مااقر به لو) كان الاستثناء (متصلا) باقراره (ولزمه باقيه) لان الاستثناء مع الجملة اى الصدر عبارة عن الباقى لان معنى قوله على عشرة الادرهما معنى قوله على تسعة سواء استثنى الاقل اوالاكثر وهوقول للاكثر لورودهما فى كلام الله تعالى وهو المذهب كما فى التبيين وقال الفراء استثناء الاكثر لايجوز لان العرب لم يتكلم بذلك وهو مذهب زفر وفى النهاية ولافرق بين استثناء الاقل اوالاكثر وان لم يتكلم به العرب ولايمنع صحته اذا كان موافقا لطريقهم كاستثناء الكسور ولم يتكلم به العرب وهوالصحيح ولا فرق بين ان يكون الاستثناء ممالايقسم اوممايقسم حتى اذا قال هذا العبد لفلان الاثلثه اوقال الاثلثيه صح (وبطل استثناء الكل) وان ذكره موصولا فيلزمه كله لانه لايكون بيانا لكلامه بل يكون رجوعا عن اقراره وذا غير جائز كما فى اكثر المعتبرات وقال صاحب المنح مقتضى هذا الكلام صحة استثناء الكل من الكل فيما يقبل الرجوع وليس كذلك وعن هذا قال فى تنويره والاستثناء المستغرق باطل ولوفيما يقبل الرجوع كوصية ان كان بلفظ الصدرا ومساوية وان بغيرهما كعبيدى احرار الاهؤلاء اوالاسالما وغانما وراشدا وهم الكل صح الاستثناء وتفصيله مامر فى الطلاق وفى شرح المجمع ان استثناء الكل من الكل انما يبطل اذا كان بعين لفظ المستثنى منه واما اذا كان بغيره فصحيح كما لوقال ثلث مالى لزيد الاالفا وثلث ماله الف فيصح الاستثناء ولايكون لزيد شئ كما مر فى الطلاق وفى الجوهرة واختلفوا فى استثناء الكل فقال بعضهم هورجوع لانه يبطل كل الكلام وقال بعضهم هواستثناء فاسد وليس برجوع وهوالصحيح انتهى (وان اقر بشيئين واستثنى احدهما اواحدهما وبعض الآخر بطل استثناؤه) يعنى لوقال له على كر حنطة وكرشعير الاكر حنطة وقفيز شعير فاستثناء كر وقفيز

باطل عند الامام (خلافا لهما) اى قالا يصح استثناء القفيز لانه كلام متصل لان قوله الاكر حنطة استثناء صحيح لفظا الا انه غير مفيد واذا كان كلاما متصلا كان استثناء القفيز متصلا فيصح وله ان استثناء الكر باطل اجماعا فكان لغوا فكان قاطعا للكلام الاول فيكون الاستثناء منقطعا وانما صورناها بتقديم الكر لانه لو قدم القفيز بان قال الاقفيز شعير وكر حنطة يصح استثناء القفيز اتفاقا لعدم الفاصل كما فى شرح المجمع وغيره فعلى هذا اطلاق المص ليس بمحله بل يلزم التفصيل تأمل (وان استثنى بعض احدهما) بان قال له على كر حنطة وكر شعير الاقفيز حنطة او الاقفيز شعير (او بعض كل منهما) بان قال له على كر حنطة اوكر شعير الاقفيز حنطة وقفيز شعير (صح اتفاقا) فى الصورتين لعدم تخلل القاطع فى الاولى وفى الثانية ان قوله الاقفيز حنطة استثناء صحيح مفيد فلا يكون قاطعا فصح العطف عليه فيلزمه كر حنطة وكر شعير الاقفيز حنطة وقفيز شعير كما فى الاختيار (ولو استثنى كيليا او وزنيا او عدديا متقاربا من دراهم) بان قال له على مائة درهم الاقفيز برا والا دينارا او الا مائة جوز (صح بالقيمة) استحسانا عند الشيخين ولزمه مائة درهم الاقيمة القفيز او الدينار او الجوز لان الاستثناء اخراج البعض من المستثنى منه من حيث المعنى اذ المقدرات جنس واحد معنى ولو اجناسا صورة لانها تثبت فى الذمة ثمنا فكانت جنسا واحدا فى حكم الثبوت فى الذمة والقياس ان لا يصح هذا الاستثناء وهو قول محمد وزفر وعن هذا قال (خلافا لمحمد) لان الاستثناء اخراج بعض ما تناوله صدر الكلام على معنى انه لولا الاستثناء لكان داخلا تحت الصدر وهذا لا يتصور فى خلاف الجنس (ولو استثنى منها) اى من الدراهم (شاتا او ثوبا او دارا بطل اتفاقا) لان ذلك القدر لا يفيد الاتحاد الجنسى بل لا بد من وصف الثمنية ولو معنى وقال مالك والشافعى يجوز فى كل واحد من الكيلى والوزنى والعددى لتحقق المجانسة من حيث المالية فيطرح قدر قيمة المستثنى ولزمه الباقى وفى التنوير واذا استثنى عددين بينهما حرف الشك كان الاقل مخرجا نحو له على الف درهم الا مائة او خمسين فيلزمه تسعمائة وخمسون على الاصح واذا كان المستثنى مجهولا يثبت الاكثر نحو له على مائة درهم الا شيئا او قليلا او بعضا لزمه احد وخمسون وتمام المسئلتين فى شرحه فليطالع (ومن وصل باقراره ان شاء الله بطل اقراره) لان التعليق بمشية الله تعالى ابطال عند محمد فبطل قبل انعقاده للحكم وتعليق بشرط لا يوقف عليه عند ابى يوسف فكان اعداما من الاصل كما فى الدرر وغيره لكن فى العناية خلافه لانه قال ومن قال لفلان على مائة درهم ان شاء الله لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشية الله تعالى

اما ابطال كما هو مذهب ابي يوسف اوتعليق كما هو مذهب محمد كما قررناه في الطلاق فتلزم المنافاة الاان يحمل على اختلاف الروايتين (وكذا ان علقه بمشية من لاتعرف مشيته كالملائكة والجن) اى ان شاء الجن اوالملائكة لانه لاتعرف مشيتهم فلايقع عليه شئ لان الاصل براءة الذمم فلايثبت بالشك وفي البحر وكذا بمشية فلان وان شاء وكذا كل اقرار علق بشرط على خطر ولم يتضمن دعوى اجل كان قال ان حلفت فلك ماادعيت به وان بشرط كائن فتنجيز كعلي الف درهم ان مت لزمه قبل الموت وان تضمن دعوى الاجل كاذاجاء رأس الشهر فلك علي كذا لزمه للحال ويستحلف المقرله في الاجل (ولواقربدار واستثنى بناءها) بان قال هذه الدار لزيد والبناء لنفسي (كانا) اى الدار والبناء جيعا (للمقرله) لان البناء داخل في الاقرار معنى لالفظا والاستثناء تصرف في اللفظ فلم يصح بخلاف استثناء البيت من الدار كاستثناء ثلثها لان اجزاء الدار داخلة تحت الدار فصح استثناؤه وعند الائمة الثلاثة يصح استثناء البناء منها (ولوقال) المقر (بناؤها لى والعرصة) اى البقعة (له كان) الحكم اوالاقرار (كما قال) بان يكون البناء له والعرصة للمقرله لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء فصار كانه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان بخلاف مااذا قال بناء هذه الدارلى وارضها لفلان حيث يكون له البناء ايضا لان الارض كالدار فيتبعها البناء بخلاف ماذا قال بناء هذه الدار لزيد والارض لعمر وحيث يكون لكل منهما مااقرله به (وفص الخاتم ونخل البستان كبنائها) وكذا طوق الجارية لان دخول الفص في الخاتم بالتبعية وكذا دخول النخل في البستان فلا يصح الاستثناء بخلاف مالوقال الحلقة لفلان والفص لى اوالارض له والنخل لى يصح (وان قال له على الف) درهم (من ثمن عبد) اشتريته منه (لم اقبضه) اى العبد الجملة صفة عبد (فان عينه) اى المقر العبد بان ذكر عبدا بعينه وصدقه المقرله في شرائه وعدم قبضه (قيل للمقرله سلم) العبد الى المقر (وتسلم) امر من التفعل خذ ثمنه منه (ان شئت) فان سلم المقرله العبد المعين بان يحضره بين يديه يلزم على المقر الف بهذا القيد لانه اقرله بالف على صفة فيلزمه على الصفة التى اقربها وان لم يسلم العبد الى المقر لايلزمه الف اجماعا وهذه المسئلة على وجوه احدها ماذكرهنا والثانى ان يقول المقرله القن قنك مابعته وانما بعتك قنا غيره والحكم فيه كالاول والثالث ان يقول القن قنى مابعتكه وحكمه ان لايلزم على المقر شئ والرابع ان يقول القن قنى مابعتكه وانما بعتك غيره وحكمه ان يتحالفا لانهما اختلفا في المبيع وهو يوجب التحالف وتمامه

فى الدرر فليراجع (وان لم يعينه) اى المقر العبد ولم يصدقه المقرله فى عدم قبضه (لزمه) اى المقر (الالف ولغا قوله لم اقبضه) عند الامام لانه رجوع بعد الاقرار فلا يصح لاموصولا ولامفصولا و به قال زفر والحسن وعند هما ان وصل صدق ولايلزمه شئ وان فصل فان انكر المقرله سبب الوجوب لم يصدق وان صدقه المقرله لانه بيان تغيير فيصح موصولا لامفصولا و به قالت الائمة الثلاثة (ولو قال له) على الف (من ثمن خمر اوخنزير لايصدق) عند الامام وصل اوفصل ولزمه الالف (وعندهما) والائمة الثلاثة (ان وصل صدق) فى المسئلتين ولايلزمه الالف على مامر آنفا ولوقال له على الف وهو حرام اوربوا فهى لازمة له لاحتمال ان يكون هذا حلالا عند غيره ولوقال زورا او باطلا ان صدقه المقرله فلاشئ عليه وان كذبه لزمه كما فى التبيين (ولو قال له) على الف (من ثمن متاع اواقرضنى وهى) اى الالف (زيوف اونبهرجة)اوستوقة اورصاص (لزمه الجياد) لان البيع اوالقرض يقع على الجياد فلا يجوز التفسير بضدها هذا عند الامام لانه رجوع عن اقراره وصل اوفصل (وقالا يلزمه ماقال ان وصل) لما مر من انه بيان تغيير فيصدق موصولا لامفصولا و به قالت الائمة الثلاثة (وان قال له) على الف (من غصب اووديعة وهو زيوف اونبهرجة صدق) اتفاقا وصل اوفصل فيلزمه ماقر به لان الغصب لايقتضى السلامة وكذا الوديعة لان الشخص يغصب بما يجده ويودع بما يملكه فلايكون رجوعا بل بيانا للنوع فصدق مطلقا (ولوقال له) على الف من غصب اووديعة (وهى ستوقة اورصاص فان وصل صدق) لانه بيان تغيير (والافلا) اى وان فصل لايصدق لانهما ليسا من جنس الدراهم الاان اسم الدراهم يتناولهما بطريق المجاز فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل (ولو قال غصبت ثوبا وجاء بمعيب) اى بثوب معيب (صدق) المقر مع الحلف ان لم يثبت الخصم سلامته لما مر ان الغصب غير مختص بالسليم كالوديعة (ولو قال) له (على الف الا انه ينقص مائة صدق ان وصل والا لزم الالف) لما مر ان الاستثناء يجوز متصلا لامنفصلا (ولو قال) المقر (اخذت منك الفا وديعة فهلكت) فى يدى من غير تعد (وقال المقر له) بل (اخذتها) منى حال كونها (غصبا ضمن) المقر ماقر باخذه له لانه اقر بسبب الضمان وهو الاخذ ثم انه ادعى مايوجب البراءة وهو الاذن بالاخذ والآخر ينكر فالقول قوله مع يمينه بخلاف ماذا قال له المقرله بل اخذتها قرضا حيث يكون القول للمقر لانهما تصادقا على ان الاخذ حصل باذنه وهذا

لايوجب الضمان على الآخذ الا باعتبار عقد الضمان فالمالك يدعي عليه العقد وذلك ينكر فالقول قول المنكر (ولوقال) المقر (بدل اخذت اعطيتني لايضمن) المقرلانه لم يقر بما يوجب الضمان بل اقر بالاعطاء وهو فعل المقرله فلا يكون مقرا على نفسه بسبب الضمان والمقرله يدعى عليه سبب الضمان وهو ينكر فالقول قوله (ولو قال غصبت هذا الشئ من زيد لابل من عمرو وهو) اى الشئ (لزيد فعليه) اى المقر (قيمته لعمرو) لان قوله من زيد اقرارله ثم قوله لارجوع عنه فلا يقبل وقوله بل لعمرو اقرار منه لعمرو وقد استهلكه بالاقرار لزيد فيجب عليه قيمته لعمر وولو قال له على الف لابل الفان يلزمه الفان استحسانا وفي القياس يلزمه ثلثة آلاف وهو قول زفر ولو قال غصبته عبدا اسود لابل ابيض لزمه عبد ابيض ولو قال غصبته ثوبا هرويا لابل مرويا لزماه وكذا له على كر حنطة لابل كر شعير لزماه ولو قال لفلان على الف درهم لابل لفلان لزمه المالان ولو قال له على الف لابل خمسمائة لزمه الالف والاصل في ذلك ان لابل متى تخللت بين المالين من جنسين لزماه وكذلك من جنس واحد اذا كان المقرله اثنين فاذا كان واحدا والجنس واحدا لزم اكثر المالين وتمامه في الاختيار فليراجع وفي التنوير ولو قال الدين الذى لى على فلان لفلان اوالوديعة التى عند فلان هى لفلان فهو اقرار له وحق القبض للمقر ولكن لوسلم الى المقرله برئ (ولو قال) لآخر (هذا) الشئ (كان لى وديعة عندك فاخذته وقال الآخر هولى دفع اليه) اى الى الآخر لان المقر اقر باليد له ثم بالاخذ منه وهو سبب الضمان ثم ادعى استحقاقه عليه فلا تقبل دعواه فوجب عليه رد عينه قائما وقيمته هالكا ثم يقيم البينة على صدق دعواه ان قدر (وان قال آجرت فرسى اوثوبى هذا فلانا فركبه) اى الفرس (اولبسه) اى الثوب (ورده) اى رد الفرس او لثوب (على وقال) فلان (بل هما لى اواعرته اواسكنته دارى ثم ردها) اى الدار (على صدق) يعنى القول قول المقر في ذلك عند الامام استحسانا لان اليد في الاجارة والاعارة تثبت ضرورة استيفاء المنافع فيكون اليد عدما فيما عدا الضرورة فالاقرار له باليد لايكون مطلقا بخلاف الوديعة والقرض لان اليد فيهما مقصودة فيكون الاقرار بهما اقرار الهما باليد (وعندهما) وعند الائمة الثلاثة (القول) مع يمينه (للمأخوذ منه) وهو القياس لان المقر اعترف بيد المقرله ثم ادعى عليه الاستحقاق فيقبل اقراره له دون دعواه عليه فيجب عليه الرد ثم يقيم على صدق دعواه بينة ان قدر (ولو قال) لآخر (خاط ثوبى هذا بكذا ثم قبضته منه وادعاه الآخر) اى قال الثوب ثوبى (فعلى هذا الخلاف) اى يصدق القابض عند الامام لاعندهما (في الصحيح) احتراز عن قول بعضهم ان القول

قول المقر بالاجماع وفي الاسرار الاختلاف اذا لم يكن الدابة او الثياب معروفة للمقر ولو كانت معروفة كان القول قوله وفاقا (ولو قال له اقتبضت) اى قبضت (من فلان الفا كانت لى عليه او اقرضته الفا ثم اخذتها منه وانكر فلان فالقول له) فله ان يأخذها منه وهذا اظهر لان القابض قد اقر بانه ملكه وانه اخذه منه اقتضاء بحقه وهذا مضمون عليه اذ الديون تقضى بامثالها فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان ثم ادعى عليه ما يبرئه من الضمان وهو تملكه عليه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره فالقول للمنكر (ولو قال زرع فلان هذا الزرع او بنى هذه الدار او غرس هذا الكرم لى استعنت به) اى بفلان (فيه) اى في الزرع او البناء او الغرس وذلك كله في يد المقر (وادعى فلان ذلك) اى قال الملك ملكي وفعلت ذلك لنفسي لا بالاعانة لك ولا باجر منك كما زعمت (فالقول للمقر) لانه ما اقر له باليد انما اقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك فى ملك في يد المقر وصار كما قال خاط لى الخياط قميصى هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول للمقر لما انه اقر بفعل منه وقد يخيط ثوبا في يد المقر كذا هذا ولو قال ان هذا اللبن او هذا السمن او هذا الجبن من بقرة فلان او هذا الصوف من غنمه او هذا التمر من نخلته وادعى فلان انه له امر بالدفع اليه لان الاقرار بملك الشئ اقرار بما يتولد منه لانه يملك بملك الاصل كما في التبيين

باب اقرار المريض

افرده في باب على حدة لاختصاصه باحكام ليست للصحيح وأخره لان المرض بعد الصحة (دين صحته) اى المريض (وما لزمه) اى المريض (في مرضه) اى في مرض الموت (بسبب معروف) كبدل ما ملكه بالاستقراض او بالشراء وعاينهما الشهود او اهلك مالا او تزوج بمهر مثلها وعاينهما الناس (سواء) لانه لما علم سببه انتفى التهمة في الاقرار به فصار كالدين الثابت بالبينة في مرضه (و يقدمان) اى دين الصحة وما لزمه في مرضه بسبب معروف (على ما اقر به في مرضه) ولو كان المقر به وديعة كما في البحر هذا عندنا وعند الائمة الثلاثة الدينان سواء لانه اقرار لا تهمة فيه لانه صادر عن عقل والذمة قابلة للحقوق في الحالين ولنا ان حق غرماء الصحة تعلق بمال المريض مرض الموت في اول مرضه لانه عجز عن قضائه عن مال آخر فالاقرار فيه صادف حق غرماء الصحة فكان محجورا عنه ومدفوعا به (والكل) اى كل واحد من دين الصحة ودين المرض بسبب معلوم ودين المرض الثابت بمجرد الاقرار فالكل افرادى فانه

اكثر استعمالا كما في القهستاني (مقدم على الارث) وان احاط الديون المذكورة جميع ماله والقياس ان لاينفذ الا من الثلث لكن ترك بالاثر وهو قول ابن عمر رضي الله عنهما اذا اقر المريض بدين جاز ذلك في جميع تركته والاثر في مثله كالخبر لانه من المقدرات فلا يترك بالقياس فصار المقر له اولى من الورثة ولان قضاء دينه من حوايجه الاصلية كتكفينه (ولا يصح تخصيصه) اى المريض (غريما) من الغرماء (بقضاء دينه) اى ليس للمريض ان يقضي دين بعض الغرماء دون بعض ولو اعطاء مهر وايفاء اجرة لان فيه ابطال حق الباقين الا اذا قضى ما استقرض في مرضه اونقد ثمن ما اشترى فيه وقد علم ذلك بالبينة بخلاف ما اذا لم يؤد حتى مات فان البايع اسوة للغرماء اذا لم تكن العين في يده واذا اقر بدين ثم بدين تحاصا وصل اوفصل ولو اقر بدين ثم بوديعة تحاصا وعلى القلب الموديعة اولى واقراره ببيع عبده في صحته وقبض الثمن مع دعوى المشتري ذلك صحيح في البيع دون قبض الثمن الا بقدر الثلث بخلاف اقراره بان هذا العبد لفلان فانه كالدين ولو اقر بقبض دينه ان كان دين الصحة يصح مطلقا سواء كان عليه دين الصحة اولا وان كان دين المرض ان كان عليه دين الصحة لايصح والا نفذ من الثلث الا في اقراره باستيفاء بدل الكتابة فنافذ كما في البحر وابراؤه مديونه وهو مديون غير جائز ان كان اجنبيا وان كان وارثا فلا يجوز مطلقا وقوله لم يكن لي على هذا المطلوب شيء صحيح قضاء لا ديانة كما في التنوير وفي المنح قالت فيه ليس لي على زوجي مهرا وقال فيه لم يكن لي على فلان شيء ليس لورثته ان يدعوا عليه شيئا في القضاء وفي الديانة لايجوز هذا الاقرار ولو اقر الابن فيه انه ليس له على والده فيه شيء من تركة امه صح بخلاف ما لو ابرأه اووهبه وكذا لو اقر بقبض ماله منه وتمامه فيه فليطالع (ولا) يصح (اقراره) اى المريض بدين اوعين (لوارثه) عندنا وعند الشافعي في القول الاصح يصح لانه اظهار حق لترجح جانب الصدق فيه فصار كالاقرار لاجنبي وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث ولنا قوله عليه السلام لاوصية للوارث ولا اقرار له بالدين لانه ضرر لبقية الورثة (الا ان يصدقه) اى المريض (بقية الورثة) لان عدم الصحة كان لحقهم فاذا صدقوه فقد اقروا بتقدمه عليهم فيلزمهم وكذا لو كان له دين على وارثه فاقر بقبضه لايصح الا ان يصدقه البقية وكذا لو رجع فيما وهبه منه في مرضه اوقبض ما غصبه منه ورهنه عنده او استرد المبيع في البيع الفاسد وكذا لايجوز ذلك لعبد وارثه ولا مكاتبه لانه يقع لمولاه ملكا اوحقا ولو صدرت هذه الاشياء منه للوارث وهو مريض ثم برئ ثم مات جاز ذلك كله لانه لم يكن مرض الموت فلم يتعلق به حق الورثة كما

فى الاختيار وفى التنوير اقر فيه لوارثه يؤمر فى الحال بتسليمه الى الوارث فاذا مات برده وفى القنية تصرفات المريض نافذة وانما تنقض بعد الموت (وان اقر) المريض (لاجنبى صح) لعدم التهمة (وان) وصلية (احاط) اقراره اى استغرق (بماله) لما بينا (وان اقر) المريض (لاجنبى ثم اقر انه ابنه ثبت نسبه) لان النسب من الحوائج الاصلية ولا تهمة فيه (وبطل اقراره) لان دعوة النسب تستند الى زمان العلوق فيظهر ان البنوة ثابتة زمان الاقرار فبطل الا عند الشافعى فى الاصح ومالك لا يبطل اذا لم يتهم (وان اقر) المريض (لاجنبية) اى لامرأة اجنبية (ثم تزوجها لا يبطل اقراره) لها وقال زفر يبطل لانها وارثة عند الموت فتحصل التهمة ولنا انه اقر وليس بينهما سبب التهمة فلا يبطل بسبب يحدث بعده ولهذا قال فى البحر وغيره والعبرة لكونه وارثا وقت الموت لا وقت الاقرار الا اذا صار وارثا بسبب جديد كالتزويج وعقد الموالاة وفى التنوير بخلاف اقراره لاخيه المحجوب اذا زال حجبه وصار غير محجوب فانه يبطل اقر فيه انه كان له على ابنته الميتة عشرة قد استوفيتها وللقرابين ينكر ذلك صح اقراره كما لو اقر لامرأته فى مرض موته بدين ثم ماتت قبله وترك وارثا وقيل لا يصح (ولو اوصى لها) اى لاجنبية (ثم تزوجها بطلت) الوصية لانها تمليك مضافا الى ما بعد الموت وهى وارثة فى هذا الوقت فتبطل (ولو وهبها) اى لاجنبية (ثم تزوجها فلا رجوع) هذا مخالف لعامة المتون والشروح قالوا فى هذا المحل ان الهبة المذكورة باطلة كالوصية لان الهبة فى المرض وصية فعلى هذا لو قال ولو اوصى لها او وهبها ثم تزوجها بطلت لكان اخصر واولى والعجب من المصنف قد نطق بالحق فى كتاب الوصايا حيث قال وتبطل هبة المريض ووصيته لاجنبية نكحها بعدها وغفل ههنا الا ان يقال انه يمكن الجواب عن طرف المصنف بان المراد بقوله فلا رجوع لبطلانه لانه اذا كانت الهبة باطلة لا يجرى عليها الرجوع فذكر عدم الرجوع واراد البطلان وفى التنوير ولو اقر لمن طلقها ثلثا فيه اى فى المرض فلها الاقل من الارث والدين هذا اذا طلقها بسؤالها وان طلقها بلا سؤالها فلها الميراث بالغا ما بلغ ولا يصح الاقرار لها (وان اقر) رجل (بغلام) اى ولد فيشمل البنت (مجهول النسب) فى بلد هو فيها وهو المراد من مجهول النسب فى كل موضع على ما فى القنية لكن فى اكثر الكتب ان يجهل نسبه فى مولده فان عرف نسبه فيه فهو معروف النسب (يولد) صفة بعد صفة لغلام او حال منه (مثله) اى مثل هذا الغلام (لمثله) اى لمثل هذا المريض بان يكون الرجل اكبر منه باثنتى عشرة سنة ونصف والمرأة اكبر منه بتسع سنين ونصف كما فى المضمرات (انه) اى ان هذا الغلام

(ابنه وصدقه) اى المقر (الغلام) ان كان الغلام معبرا لانه فى يد نفسه بخلاف الصغير لانه فى يد غيره فينزل منزلة البهيمة فلم يعتبر هذا الشرط وعند الائمة الثلاثة بلا تصديقه ايضا يعتبر لو كان غير مكلف (ثبت نسبه) اى الغلام (منه) اى المقر لان النسب من الحوايج الاصلية ولا تهمة فيه (ولو) كان المقر فى حالة الاقرار (مريضا وشاركه) الغلام (الورثة) المعروفة فى الميراث لانه صار كالوارث المعروف بثبوت نسبه منه (وصح اقرار الرجل بالوالدين والولد) بالشروط المتقدمة فى الابن لانه اقرار على نفسه وليس فيه حمل النسب على الغير (والزوجة) اى صح اقراره بالزوجة بشرط خلوها عن زوج وعدته وبشرط ان لا يكون تحت المقر اختها ولا اربع سواها (والمولى) اى صح اقراره بالمولى من جهة العتاقة ان لم يكن ولاؤه ثابتا من جهة غير المقر (وشرط تصديق هؤلاء) لان اقرار غيرهم لا يلزمهم لان كلا منهم فى يد نفسه الا اذا كان المقر له صغيرا فى يد المقر وهو لا يعبر عن نفسه او عبد اله فثبت نسبه بمجرد الاقرار ولو كان عبدا لغيره يشترط تصديق مولاه لان الحق له (وكذا) يصح (اقرار المرأة) بالوالدين والولد والزوج والمولى لما ذكرنا (لكن شرط فى اقرارها) اى المرأة (بالولد تصديق الزوج ايضا) كما ان تصديق الولد شرط لان الولد للفراش والحق له فاذا صدقها فقد اقر به هذا اذا كان لها زوج او كانت معتدة منه وادعت ان الولد منه لان فيه تحميل النسب عليه فلا يلزمه بقولها اما اذا لم يكن لها زوج ولا هى معتدة او كان لها زوج وادعت ان الولد من غيره صح اقرارها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها فينفذ عليها (او شهادة قابلة) بولادته منها لان قول القابلة حجة فى تعيين الولد (وصح تصديقهم بعد موت المقر) لبقاء النسب بعد الموت (الا تصديق الزوج بعد موتها) اى الزوجة لان تصديقه بعد موتها باطل عند الامام لانه لما ماتت زال النكاح بعلايقه فى جانبه اذ يجوز له ان يتزوج اختها او اربعا سواها ولا يحل له ان يغسلها عندنا فالتصديق منه لا يفيد شيأ ولو باعتبار ارث لانه معدوم وقت الاقرار لان التصديق اذا صح يستند الى وقت الاقرار فلا يمكن اعتبار التصديق باعتبار ارث سيحدث بخلاف ما اذا اقر بنكاح امرأة ومات فصدقته بعد موته لان علايق النكاح باقية بعد موته فى جانبها ولذا يحل لها ان تغسله لكونه مالكا لها حتى يبقى ملكه الى انقضاء العدة فلها المهر والارث منه وفاقا (وعندهما) والائمة الثلاثة (يصح ايضا) اى كما يصح تصديقهم بعد موت المقر لبقاء النكاح بعد موتها فى حق الارث والاقرار قائم والتكذيب منه لم يوجد فصح التصديق فى هذه الحالة فيثبت النكاح بتصادقهما

فيرث منها ولهذا لواقام البينة على النكاح بعد موتها تقبل (وان اقر) رجل (بنسب غير الولاد كاخ وعم لايثبت) النسب منه لان فيه حمل النسب على غيره فلايجوز الابإقامة البينة الافي حق نفس المقر حتى يلزمه الاحكام من النفقة والحضانة والارث اذا تصادقا على ذلك الاقرار لان اقرارهما حجة عليهما (ويرثه) اى يرث هذا المقر له من ذلك المقر (ان لم يكن له) اى للمقر (وارث معروف ولو) كان (بعيدا) لانه مقر بشيئين بالنسب فقيه مقر على غيره فلايجوز وباستحقاق ماله فقيه مقر على نفسه فيقبل عند عدم المزاحم وان كان له وارث قريب اوبعيد لايرث المقر له من المقر (ومن مات ابوه فاقر باخ) وهو يصدقه (شاركه في الارث ولايثبت نسبه) لان الميراث حقه فيقبل فيه قوله واما النسب ففي ثبوته تحميله على الغير فلايقبل فيه (ولو كان لابيهما الميت دين على شخص فاقر احدهما بقبض ابيه نصفه فالنصف الباقي للآخر ولاشيء للمقر) يعني ان مات وترك ابنين وله على رجل مائة درهم مثلا فاقر احد الابنين ان اباه قبض منه نصفه وكذبه الآخر فلاشيء للمقر وللمكذب نصفه لانه اقر بالدين على الميت وكذبه اخوه فينفذ في حقه خاصة فوجب على الميت خمسون على زعمه والدين مقدم على الميراث فاستغرق نصيبه وليس له ان يشارك اخاه في الخمسين وان تصادقا على انه مشترك بينهما الا انه لورجع المقر على اخيه لرجع اخوه على الغريم بما بقي من الدين على زعمه ثم رجع الغريم على المقر بمازاد على خمسين مما اخذه من اخيه المكذب لان الوارث لايأخذ شيأ الابعد قضاء الدين فيؤدي الى الدور وقال صاحب الدرر في غرره حرة اقرت بدين لاخر فكذ بها زوجها صح في حق زوجها عند الامام حتى تحبس وتلازم وعندهما لا مجهولة النسب اقرت بالرق لانسان ولها زوج واولاد منه وكذبها الزوج صح في حق المرأة لافي حق الزوج وحق الاولاد حتى لايبطل النكاح واولاد حصلت قبل الاقرار ومافي بطنها وقت الاقرار احرار مجهول النسب حرر عبده ثم اقر بالرق لانسان وصدقه المقر له صح اقراره في حقه حتى صار رقيقاله دون ابطال العتق حتى بقي معتقه فان مات العتيق يرثه وارثه ان كان له وارث والا فالمقر له فان مات المقر ثم العتيق فارثه لعصبة المقر

كتاب الصلح

وجه المناسبة في ايراده بعد الاقرار ان انكار المقر سبب للخصومة وهي تستدعي الصلح هو لغة اسم بمعنى المصالحة وهي المسالمة خلاف المخاصمة واصله من الصلاح ضد الفساد وفي الشرع (هو) اى الصلح (عقد برفع النزاع)

من الطرفين وسببه تعلق البقاء المقدور بتعاطيه وركنه الايجاب والقبول الموضوعان له كما في الدر وفي العناية الايجاب مطلقا والقبول فيما يتعين بالتعيين وقال واما اذا وقع الدعوى في الدراهم وطلب الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعى فعلت ولا يحتاج فيه الى قبول المدعى عليه وشرطه العقل لا البلوغ والحرية وصح من صبي مأذون ان عرى عن ضرر بين ومن عبد مأذون ومكاتب وشرط ايضا كون المصالح عليه معلوما ان كان يحتاج الى قبضه وكون المصالح عنه حقا يجوز الاعتياض عنه ولو كان غير مال كالقصاص والتعزير معلوما كان المصالح عنه او مجهولا لا يصح الصلح او كان المصالح عنه مما لا يجوز الاعتياض عنه كحق الشفعة وحد القذف والكفالة بالنفس وحكمه وقوع البراءة عن الدعوى كما في المنح والبحر (ويجوز) الصلح (مع اقرار) من المدعى عليه (وسكوت) منه بان لا يقر ولا ينكر (وانكار) وكل ذلك جائز عندنا لقوله تعالى والصلح خير عرفه باللام فالظاهر العموم ولقوله عليه السلام الصلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا احل حراما وحرم حلالا وقال الشافعي لا يجوز مع الانكار والسكوت لانهما صلح احل حراما لانه اخذ المال بغير حق في زعم المدعى فكان رشوة ولنا ماتلونا واول مارويناو تأويل آخر احل حراما لعينه كالخمر او حرم حلالا لعينه كالصلح على ان لا يطأ الضرة وفي العناية تفصيل فليراجع (فالاول) اى الصلح بالاقرار (كالبيع) في احكامه (ان وقع عن مال بمال) لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي من غير جنسه ثم فرعه بقوله (فتثبت فيه الشفعة) اى تثبت الشفعة في الصلح عن عقار او على عقار كما ثبت في البيع فللشفيع حق المطالبة في كل منهما (والرد بالعيب) بان كان بدل الصلح عبدا مثلا فوجد المدعى فيه عيبا له ان يرده (وخيار الرؤية) بان لم ير المصالح ما وقع عليه الصلح وقت الصلح ثم رأه له الخيار فيه (والشرط) بان يصالح على شئ فشرط احدهما الخيار لنفسه لانه من احكام البيع (وتفسده) اى الصلح (جهالة البدل) اى الذى وقع عليه الصلح لانه بيع فصار كجهالة الثمن (لا) تفسده (جهالة المصالح عنه) لانه يسقط وجهالة الساقط لا تفضى الى المنازعة خلافا للشافعي وفي العناية تفصيل فليطالع (وتشترط القدرة على تسليم البدل) لان القدرة عليه شرط في صحة الصلح ككون معلومية البدل شرطا في الصحة (وان استحق) في صلح مع اقرار (بعض المصالح عنه او) استحق (كله رجع) المدعى عليه على المدعى (بكل البدل او بعضه) صورته ادعى زيد دارا مثلا في يد عمرو فاقر عمرو وصالح زيدا على مائة درهم فصارت المائة في يد زيد

والدار فى يد عمرو ثم استحق نصف الدار مثلا او كلها يرجع عمرو على زيد بخمسين درهما فى الاولى و بمائة درهم فى الثانية وفى تحرير المص من اللف والنشر الغير المرتب واما تصور صاحب الدرر فى هذا المحل لايوافق متنه بل الصواب ماصورناه تتبع (وان استحق بعض البدل او كله رجع) المدعى وهو زيد على المدعى عليه وهو عمرو (بكل المصالح عنه او بعضه) لان كل واحد منهما عوض عن الآخر فايهما اخذ منه بالاستحقاق رجع بما دفع ان كلا فبالكل وان بعضا فبالبعض (وان وقع) الصلح عن اقرار (عن مال بمنفعة اعتبر) هذا الصلح (اجارة) صورته ادعى على رجل شيئا فاعترف به ثم صالحه على سكنى داره سنة اوعلى ركوب دابته معلومة اوعلى لبس ثوبه اوخدمة عبده او زراعة ارضه مدة معلومة فيكون معنى الاجارة لان العبرة للمعانى والاجارة تمليك المنفعة وهذا الصلح كذلك ثم فرعه بقوله (فيشترط فيه التوقيت) لكن هذا فى الاجير الخاص بان ادعى شيأ فوقع الصلح على خدمة العبد او سكنى سنة وفيما عدا ذلك لايشترط التوقيت كما اذا صالحه على صبغ الثوب او ركوب الدابة او حمل الطعام الى موضع كما فى التبيين (و يبطل) الصلح (بموت احدهما) اى احد المتصالحين لانهما كالموجر والمستأجر وكذا يبطل بفوات المنفعة قبل الاستيفاء فيعود الى الدعوى ولو كان ذلك بعد استيفاء بعض المنفعة بطل بقدر ما بقى فيرجع فى دعواه بقدره وهذا قول محمد وهو القياس لانه اجارة وهى تبطل بواحد من هذه الاشياء وقال ابو يوسف لايبطل الصلح بموت المدعى عليه بل المدعى يستوفى المنفعة على حاله وان مات المدعى فكذلك فى خدمة العبد وسكنى الدار والوارث يقوم مقامه و يبطل فيما يتفاوت فيه كلبس الثياب وركوب الدابة (والاخيران) اى الصلح عن سكوت او انكار (معاوضة فى حق المدعى) لانه يزعم ان ما اخذه كان عوضا عما يدعيه (وفداء اليمين وقطع المنازعة فى حق الآخر) اى المدعى عليه لانه يزعم ان المدعى مفتر ومبطل فى دعواه وانما دفع المال اليه لئلا يحلف ولتقطع الخصومة ويجوز ان يكون لشئ واحد حكمان مختلفان باعتبار شخصين كالنكاح موجبه الحل فى المتناكحين والحرمة فى اصولهما فيأخذ كل واحد منهما بما يزعم ثم فرعه بقوله (فلا شفعة فى دار صولح عنها) اى الدار (مع احدهما) اى مع سكوت او انكار صورته ادعى رجل على آخر داره فسكت الآخر او انكر فصالح عنها بدفع شئ آخر لم تجب الشفعة لان المدعى عليه يأخذها على اصل حقه و يعطى المال دفعا للخصومة لا انه يشتريها ولايلزمه زعم المدعى لان المرأ لا يؤخذ الا بزعمه (وتجب) الشفعة (فى دار صولح عليها) اى على

الدار فيما ادعى مالا على آخر فسكت او انكر فصالح بدفع الدار بدله لان المدعى يأخذها عوضا عن ماله فيؤخذ بزعمه (وما استحق من المدعى بعضا او كلا) في صورة الصلح مع سكوت او انكار (يرد المدعى) على المدعى عليه فيها (حصته) اى ما استحق (من البدل) لان المدعى عليه قد بذل العوض لدفع خصومة المدعى فبالاستحقاق ظهر عدم خصومة المدعى مع المدعى عليه فيرد ما اخذه في مقابلة الخصومة على المدعى عليه (ويرجع) المدعى (بالخصومة) من المستحق (فيه) اى فيما استحقه بعضا كان او كلا (وما استحق من البدل) بعضا او كلا (يرجع المدعى الى دعواه في قدره) اى في قدر البدل اى رجع المدعى الى الدعوى في الكل ان استحق الكل وفي قدر المستحق ان استحق البعض لان المدعى لم يترك الدعوى الا ليسلم له البدل فاذا لم يسلم له رجع بالمبدل بخلاف ما اذا وقع الصلح بلفظ البيع بان قال احدهما بعتك هذا الشئ بهذا وقال الآخر اشتريت حيث يرجع المشترى عند الاستحقاق على المدعى عليه بالمدعى نفسه لا بالدعوى كما في التبيين (وهلاك البدل) اى بدل الصلح (قبل التسليم الى المدعى (كاستحقاقه) اى كاستحقاق بدل الصلح فيبطل به لان هلاك البدل في البيع يبطل البيع فكذا هذا اذا كان البدل مما يتعين بالتعيين فان لم يكن كالنقدين لا يبطل بهلاكه في الفصلين اى في فصل الاقرار وفي فصل الانكار والسكوت ففي الاقرار رجع بكله او بعضه وفي الانكار يرجع بالدعوى (ولو صالح على بعض دار يدعيها) يعنى اذا ادعى رجل على آخر دارا فصالحه على قطعة معلومة منها (لا يصح) الصلح وهو على دعواه في الباقي لان البعض لا يصلح عوضا عن الكل للزوم ان يكون الشئ عوضا عن نفسه اذ البعض داخل في ضمن الكل ولان ماقبضه من عين حقه فيكون على طلبه في باقي الدار اذ الاسقاط لا يقع عن الاعيان لكونه مخصوصا بالديون (وحيلته) اى حيلة جواز هذا الصلح (ان يزيد) المدعى عليه (في البدل شيئا) فيصير الزائد عوضا عن الباقي (او يبرأ) بضم اوله وفتح ثالثه اى يبرأ المدعى عليه او بضم اوله وكسر ثالثه اى يبرئ المدعى المدعى عليه (عن دعوى الباقي) بان يقول المدعى ابرأتك او ابرأت من دعوى هذه الدار لان الابراء عن دعوى العين جائز كما في الشمنى

فصل

(يجوز الصلح عن مجهول) لانه اسقاط (ولا يجوز الا على معلوم) لانه تمليك فيؤدى الى المنازعة والصلح على اربعة اوجه معلوم على معلوم ومجهول على معلوم وهما جائزان ومجهول على مجهول ومعلوم على مجهول وهما فاسدان فالحاصل ان كل ما يحتاج الى

قبضه لابد ان يكون معلوما لان جهالته تفضى الى المنازعة وما لا يحتاج الى قبضه يكون اسقاطا فلا يحتاج الى علمه به فانه لا يفضى الى المنازعة وتمامه فى العناية وغيرها فليطالع (فيجوز) الصلح (عن دعوى المال) لوجود معنى البيع فاجاز بيعه جاز صلحه مطلقا سواء كان عن اقرار او سكوت او انكار (وعن) دعوى (المنفعة) كان يدعى فى دار سكنى سنة وصية من صاحبها فجحد الوارث او اقر فصالحه على مال او منفعة جاز لان اخذ العوض عنها بالاجارة جاز فكذا الصلح لكن انما يجوز عن المنفعة على المنفعة اذا كانتا مختلفتى الجنس بان يصالح عن السكنى على خدمة العبد مثلا واما اذا اتحد جنسهما كما اذا صالح عن السكنى على السكنى مثلا فلا يجوز كما فى الدرر وغيره وانما احتيج الى هذا التصوير لان الرواية محفوظة على انه لو ادعى استيجار عين والمالك ينكر ثم صالح لم يجز كما فى السراج وغيره لكن فى البحر ان الصلح عن دعوى المال مطلقا والمنفعة جائز كصلح المستأجر مع الموجر عند انكاره الاجارة او مقدار المدة المدعى بها او الاجرة وكذا الورثة اذا صالحوا الموصى له بالخدمة على مال مطلقا والمنافع ان اختلف جنسها فانه يجوز لا ان اتحد انتهى (و) يصح الصلح عن دعوى (الجناية فى النفس) من القتل (و) فى (مادونها) من نحو شج الرأس وقطع اليد (عمدا) كانت الجناية (او خطأ) اما العمد فلقوله تعالى فمن عفى له من اخيه شئ الآية اى من اعطى له بدل اخيه المقتول شئ بطريق الصلح واما الخطاء فلان موجبه المال فالصلح كان عن المال لكنه لا تصح الزيادة على قدر الدية والارش على اخذ مقادير الدية للربوا الا اذا قضى القاضى باخذ مقاديرها فصالح على جنس آخر منها بزيادة جاز بخلاف الصلح عن القود حيث تجوز الزيادة فيه على قدر الدية وكذا على الاقل لانه لا موجب له فى المال ولو وقع الصلح على غير مقاديرها جاز كيف ما كان لعدم الربوا لكن يشترط القبض فى المجلس ليخرج عن ان يكون دينا بدين (و) يصح الصلح ايضا (عن دعوى الرق) كما اذا ادعى على مجهول النسب انه عبده ثم تصالحا على شئ معين (وكان عتقا بمال) فى حق المدعى وفى حق الاخر لدفع الخصومة لانه امكن تصحيحه بهذا الاعتبار فصح (ولا ولاء) له (عليه) لانكار العبد الآن يقيم المدعى البينة بعد ذلك فتقبل فى حق ثبوت الولاء عليه لاغير هذا اذا انكر العبد الرق اما اذا صالحه باقراره فيثبت الولاء (و) صح الصلح عن (دعوى الزوج) النكاح وكان خلعا مطلقا فى زعمهما ان كان باقرار فتجب عليها العدة وان لم يكن باقرار يكون خلعا فى زعمه ودفعا فى زعمها ولا تلزم العدة عليها قضاء فان اقام على التزويج بينة بعد الصلح لم تقبل

(ويحرم) اخذ المال (عليه) اى على المدعى (ديانة ان كان مبطلا) فى دعواه وهذا عام فى جميع انواع الصلح الا ان يسلمه بطيب نفسه فيكون تمليكا على طريق الهبة كما فى العناية (ولو صالحها بمال لتقر له بالنكاح جاز) وتجعل زيادة فى المهر لانها تزعم انها زوجت نفسهامنه ابتداء بالمسمى وهو يزعم انه زاد فى مهرها (ولا يجوز ان ادعته) اى النكاح (المرأة) هكذا فى بعض نسخ القدورى وهو الصحيح صرح به الزاهدى ولذلك اختار المص ووجهه انه بذل لها المال لترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لايعطى العوض فى الفرقة وان لم يجعل فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شئ يقابله العوض فلم يصح (وقيل يجوز) وجهه ان يجعل بدل الصلح زيادة فى مهرها (ولا) يصح الصلح (عن دعوى الحد) من الحدود فلو اخذ زانيا او سارقا او شارب خمر فصالحه على مال ان لايرفعه اليه بطل الصلح فله ان يرجع بما دفع وكذا اذا اخذ قاذف المحصن او المحصنة فصالحه لان الحدود حق الله تعالى لاحق المرافع والاعتياض عن حق الغير لا يجوز كصلح واحد عن حق العامة كما اذا صالحه عما اشرعه الى الطريق نعم للامام ذلك اذا كان فيه صلاح المسلمين ويضع ذلك فى بيت المال (وان قتل عبد مأذون رجلا عمدا وصالح عن نفسه لايجوز) لان رقبته ليست من تجارته ولذا لا يملك التصرف فيها بيعا فلا يملك استخلاصا بمال المولى الا ان ولى القتل لايقتله بعد الصلح لانه عفا عنه ببدله ولا يجب عليه البدل للحال و يتأخر الى ما بعد العتق بخلاف المكاتب حيث يجوز ان يصالح عن نفسه (بخلاف صلحه) اى المأذون (عن نفس عبد له) اى للمأذون (قتل رجلا عمدا) جاز صلحه لان تصرفه فى عبده من باب التجارة فيملك التصرف بيعا واستخلاصا (وان صالح) الغاصب (عن مغصوب تلف باكثر من قيمته) اى قيمة العبد قبل القضاء بالقيمة (جاز) يعنى ان من غصب ثوبا اوعبدا قيمته الف واستهلكه فصالحه على الفين جاز عند الامام(وقالا يبطل الفضل)من قيمته (ان كان مما لايتغابن)الناس (فيه) لان حقه فى القيمة والزائد عليها ربوا وله ان حقه فى الهالك باق وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء فاذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلايكون ربوا (وان) صالح عنه (بعرض صح مطلقا) اى سواء كانت قيمته اكثر من قيمة المغصوب اولا (اتفاقا) لان الزيادة لاتظهر عند اختلاف الجنس وانما قلنا قبل القضاء لانه اذا قضى القاضى بالقيمة ثم صالحا باكثر من قيمته لايجوز اجماعا كما فى اكثر المعتبرات فعلى هذا لو قيد كما قيد بالكان اولى قيد يكون الصلح على اكثر من قيمته بعد الاستهلاك اذ لو كان قبله يجوز اتفاقا وكذا لو صالحه بغير جنسه يجوز اتفاقا وكذا لو صالح على طعام موصوف فى الذمة حالا و قبضه قبل الافتراق

جاز بالاجماع كما فى العناية (وان اعتق موسر عبدا مشتركا) بينه و بين آخر (وصالح) الشريك (عن باقيه باكثر من نصف قيمته) اى العبد (بطل الفضل) بالاتفاق اما عندهما فظاهر والفرق للامام ان القيمة فى العتق منصوص عليه وتقدير الشرع لايكون دون تقدير القاضى فلا تجوز الزيادة عليه بخلاف ماتقدم لانها غير منصوص عليها (وان) صالحه (بعرض صح) كيف ما كان لما مر انه لايظهر الفضل عند اختلاف الجنس قيد المعتق بقوله موسرا اذلو كان معسرا لاتلزم عليه قيمة نصيب شريكه بل تلزم على العبد سعايته كما مر (و يجوز صلح المدعى بمال يدفعه الى المنكر ليقرله) بالعين صورته رجل ادعى عينا على رجل فى يده فانكره فصالحه على مال ليعترف له بالعين فانه يجوز و يكون فى حق المنكر كالبيع وفى حق المدعى كالزيادة فى الثمن كما فى الاختيار (و بدل الصلح عن دم عمدا وعلى بعض دين يدعيه) على آخر من المكيلات والموزونات (يلزم) اى البدل (الموكل لاالوكيل) لان الصلح عن القود معاوضة باسقاط الحق والصلح على بعض الدين اسقاط محض فالوكيل فيه سفير ومعبر فلاضمان عليه كالوكيل بالنكاح كما مر فى الوكالة (الاان ضمنه) اى الوكيل البدل فانه حينئذ يكون مؤاخذا بعقد الضمان لا بعقد الصلح والاستثناء منقطع (و بدل ما) اى بدل صلح (هو كبيع) بان كان الصلح عن مال بمال مع اقرار (يلزم) البدل (الوكيل) لاالموكل لان الوكيل فى المعاوضة المالية اصيل وفى المعاوضة الاسقاطية سفير قيدنامع اقرار لانه اذا كان الصلح مع انكار لايجب البدل على الوكيل مطلقا كما فى البحر ومافى الاصلاح من ان كون البدل من غير جنس المصالح عنه ليس بشرط كيف والصلح عن فرس بفرس جائز مخالفا لما ذكر فى اول الكتاب وهو قوله صح مع اقرار كبيع ان وقع عن مال بمال من غير جنسه ثم قال فى تعليله لانه اذا كان من جنسه فهو حط وابراء اوقبض واستيفاء اوفضل وربوا تدبر (وان صالح فضولى) اى صالح رجل عن رجل آخر بلا امر (وضمن) الفضولى (البدل اواضاف الى ماله) اى الى مال نفسه بان قال صالحتك على الفى هذه اوعلى عبدى هذا (اواشار الى عرض اونقد بلااضافة) بان قال صالحتك على هذا العبد اوعلى هذاالالف (اواطلق) بان قال صالحتك على الف (وسلم) القدر المصالح عليه الى المدعى (صح) الصلح اما اذا ضمن البدل فلان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة وفى حقها الاجنبى والمدعى عليه سواء و يجوز ان يكون الفضولى اصيلا اذاضمن كالفضولى بالخلع اذاضمن البدل واما اذا اضاف الى ماله فلانه بهذه الاضافة التزم التسليم الى المدعى وهو قادر على ذلك فيجب عليه تسليمه واما اذا اشار الى نقد اوعرض فلانه

تعيين للتسليم بشرط فيتم به الصلح واما اذا اطلق وسلم فلان التسليم اليه يوجب سلامة العوض له فيتم العقد لحصول مقصوده (وكان) الفضولى (متبرعا) لانه فعله بلا اذن المدعى عليه (وان اطلق) اى صالحتك على الف (ولم يسلم توقف) اى صار الصلح موقوفا على الاجازة (فان اجازه المدعى عليه جاز) الصلح (ولزمه البدل) لا لتزامه اياه باختياره هذا اختيار بعض المشايخ وقال بعضهم انه ينفذ على المصالح ولم يتوقف الا اذا لم يذكر البدل كما فى القهستانى (والا) اى وان لم يجزه (بطل) الصلح سواء كان المدعى عليه مقرا اولا والبدل عينا او دينا لان المصالح هنا وهو الفضولى لا ولاية على المطلوب فلا ينفذ تصرفه عليه فيتوقف على اجازته وفى التنوير والخلع فى جميع ما ذكرنا من الاحكام كالصلح ادعى وقفية ارض على آخر ولا بينة للمدعى على دعواه فصالحه المنكر لقطع الخصومة عنه جاز الصلح وطاب له لو صادقا وقيل لا كل صلح بعد صلح فالثانى باطل وكذا الصلح بعد الشراء اقام المدعى عليه بينة بعد الصلح عن انكار ان المدعى قال قبل الصلح ليس لى قبل فلان حق فالصلح ماض على الصحة ولو قال المدعى بعده ما كان لى قبل المدعى عليه حق بطل الصلح والصلح عن الدعوى الفاسدة يصح وعن الباطلة لا وقيل اشتراط صحة الدعوى لصحة الصلح غير صحيح مطلقا ويصح الصلح بعد حلف المدعى عليه دفعا للنزاع باقامة البينة وقيل لا طلب الصلح والابراء من المدعى عليه عن الدعوى لا يكون اقرارا بخلاف طلب الصلح والابراء عن المال صالح البايع مع المشترى عن عيب وظهر عدم ذلك العيب او زال العيب بطل الصلح

باب الصلح فى الدين

وهو الذى ثبت فى الذمة (الصلح عما استحق بعقد المداينة) مثل البيع نسيئة ومثل الاقراض على بعض جنسه) كمن له على آخر الف درهم فصالحه على خمسمائة (اخذ) خبر المبتدأ (لبعض حقه واسقاط لباقيه) لان تصحيح تصرف العاقل واجب ما امكن وقد امكن ذلك فيحمل عليه (لا معاوضة) لافضائه الى الربوا ثم فرعه بقوله (فلو صالح) المديون داينه (عن الف حال) فى ذمته (على مائة حالة) باسقاط ما فضل هو تسعمائة (او) عن الف حال على (الف مؤجل) باسقاط وصف الحلول فقط هو حق له كالفضل (صح) الصلح (وكذا) صح لو صالح (عن الف جياد على مائة زيوف) باسقاط ما فضل واسقاط وصف الجودة معا ولا يشترط قبض البدل

في هذه الصور لكونه مداينة لامعاوضة (ولايصح) لوصالح (عن دراهم حالة على دنانير مؤجلة) الى شهر سواء عن اقرار او انكار لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلايمكن حمله على التأخير فتعينت المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نسيئة لايجوز لكونه صرفا (او) صالحه (عن الف مؤجل على نصفه حالا) فانه لايصح ايضا لان المعجل خير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بازاء ماحط عنه وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام (او) صالحه (عن الف سود) جمع اسود اى دراهم مضروبة من نقرة سوداء مغلوبة الغش (على نصفه بيضا) لانه من دراهم سود لايستحق البيض فقد صالح على مالايستحق بعقد المداينة وكان معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربوا بخلاف مالوصالح على قدر الدين وهو اجود كما لوصالحه عن الف حال على الف مؤجل اوصالحه عن الف بيض على الف سود جاز بشرط قبضه في المجلس لانه اذا كان الذي يستوفيه ادون من حقه قدرا و وصفا ووقتا او في احدها فهو اسقاط واذا كان ازيد منه فمعاوضة (ولوصالح عن الف درهم ومائة دينار على مائة درهم حالة او مؤجلة صح) لانه يجعل اسقاطا للدنانير كلها وللدراهم الامائة وتأجيلا للمائة التي بقيت فلايحمل على المعاوضة لان فيه فسادا (وان قال من له على اخر الف ادغدا نصفه) اى نصف الف (على انك برئ من باقيه ففعل) من عليه الالف ذلك بان قبل وادى اليه في الغد النصف (برئ) عن النصف الباقي بالاتفاق (والا) اى وان لم يؤد غدا بالنصف (فلايبرأ) عند الطرفين (خلافا لابي يوسف) فانه قال يبرأ وان لم يؤد ولايعود اليه النصف الساقط ابدا لانه ابراء مطلق لانه جعل الاداء عوضا عن الابراء نظرا الى كلمة على والاداء لايصلح ان يكون عوضا لوجوبه عليه فصار ذكره كعدمه ولهما انه ابراء مقيد بشرط الاداء وانه غرض صالح حذرا من افلاسه او توصل بها الى ماهو الانفع من تجارة رابحة اوقضاء دين اودفع حبس فاذا عدم الشرط بطل الابراء وكلمة على تحتمل الشرط فتحمل عليه عند تعذر المعاوضة تصحيحا لكلامه وعملا بالعرف وهذه المسئلة على وجوه الاول ماذكر والثاني قوله (وان قال صالحتك على نصفه على انك ان لم تدفع غدا النصف فالالف عليك لايبرأ اذا لم يدفع اجماعا) يعني ان قبل وادى اليه النصف في الغد برئ عن الباقي والا فالكل عليه بالاجماع لانه اتى بتصريح التقييد فاذا لم يوجد بطل والثالث قوله (وان قال ابرأتك من نصفه على ان تعطيني نصفه غدا برئ) جواب ان (من نصفه اعطى النصف في الغد (اولم يعط) لان الداين اطلق البراءة في اول كلامه ثم ذكر

الاداء الذى لا يصلح عوضا فبقى احتمال كون الاداء شرطا وهو مشكوك هنا لكونه مذكورا مؤخرا عن البراءة فلم يتحقق كونه شرطا فبقى البراءة على الاطلاق فيصير الاداء وعدمه غير مفيد فى حق البراءة بخلاف الاداء فى الصورة الاولى لكونه مفيدا فى البراءة لذكره فى اول الكلام وبهذا التقرير اتضح الفرق بين الصورتين والرابع قوله (وكذا لو قال ادالى نصفه على انك برئ من باقيه ولم يوقت للاداء) وقتا فانه يصح الابراء بالاجماع ولا يعود الدين فانه ابراء مطلق لانه لما لم يوقت للاداء وقتا لايكون الاداء غرضا صحيحا لان الاداء واجب على المديون فى مطلق الازمان فلم يتقيد الابراء فحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضا بخلاف ما تقدم لان الاداء فى الغد غرض صحيح كما فى الهداية والخامس قوله (ولو قال ان اديت الى نصفه فانت برئ اواذا اديت اومتى اديت) الى نصفه فانت برئ (لايصح الابراء وان) وصلية (ادى) نصفه لانه تعليق بالشرط صريحا والبراءة لاتحتمل التعليق بالشرط لما فيها من معنى التمليك (ومن قال) اى المديون (سرا رب دينه لااقرلك حتى تؤخر) اى الدين (عنى اوتحط عنى) (بعضه ففعل) رب لدين التأخير اوالحط (جاز) اى التأخير والحط لانه ليس بمكره عليه فصار نظير الصلح مع الانكار فلا يتمكن من مطالبته فى الحال بعد التأخير ولا من مطالبة ماحط فى الحط ابدا (وان اعلن) ماقاله سرا (لزمه) اى جميع الدين (للحال) اى بلا تأخير ان اخر ولا حط ان حط

﴿ فصل ﴾

فى الدين المشترك والتخارج (وان صالح احد ربى الدين) فى دين (عن نصفه) اى الدين وهو نصيبه (على ثوب فلشريكه) الخيار ان شاء (ان يتبع المديون بنصفه) اى بنصف الدين لبقاء حصته فى ذمته (اويأخذ نصف الثوب) من شريكه لان له حق المشاركة لانه عوض عن دينه (الا ان يضمن) اى الشريك (له) المصالح (ربع الدين) لان حقه فى الدين لا فى الثوب ولا فرق بين ان يكون الصلح عن اقرار اوسكوت اوانكار ثم ههنا قيدان الاول ان يكون المصالح عنه دينا لانه لو كان الصلح عن عين مشتركة يختص المصالح ببدل الصلح وليس لشريكه ان يشاركه فيه لكونه معاوضة من كل وجه لان المصالح عنه مال حقيقة بخلاف الدين والثانى ان يكون المصالح عليه ثوبا والمراد خلاف جنس الدين لانه لو صالحه على جنسه يشاركه فيه اويرجع على المديون وليس للقابض فيه خيار لانه بمنزلة قبض بعض الدين (وان قبض) احد الشريكين (شيأ من الدين شاركه شريكه فيه)

﴿ اى ﴾

اى فى الذى قبضه اذا لم يشاركه تلرم قسمة الدين قبل القبض وهذا غير جائز فله ان يشاركه فيه ان شاء لانه عين حقه من وجه وان شاء رجع على الغريم لان حقه عليه فى الحقيقة (واتبعا) اى الشريكان رجعا (على الغريم) اى المديون (بما بقى) من الدين لاستو ائهما فى الاقتضاء ولو سلم له المقبوض واختار متابعة الغريم ثم توى نصيبه بان مات المديون مفلسا رجع على القابض بنصف ماقبض لكن ليس له ان يرجع فى عين تلك الدراهم المقبوضة بل يعود الى ذمته (وان) لم يصالح احد الشريكين بل (اشترى) من الذى عليه الدين (بنصيبه) من الدين (شيئا) فالآخر مخير ان شاء (ضمنه شريكه ربع الدين) لانه صار قابضا لنصيبه بالمقاصة ولاضرر عليه لان مبنى البيع على المماكسة والمنازعة بخلاف الصلح لان مبناه على الحطيطة والمسامحة فلو الزمناه دفع ربع الدين يتضرر به لانه لم يستوف تمام نصف الدين فلذا خيرناه (او اتبع الغريم) ان شاء لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله ان يشارك (وان ابرأ) احدهما ذمة المديون (عن نصيبه اوقاص الغريم بدين سابق) بان كان للمطلوب على احدهما دين قبل وجود دينهما عليه حتى صار دينه قصاصا به (لايضمن لشريكه) شيأ فى الصورتين اما فى الاولى فلان الابراء اتلاف لاقبض والرجوع يكون فى المقبوض لافى المتلف واما فى الثانية فلانه قضى دينا كان عليه ولم يقبض لان الاصل فى الدينين اذا التقيا قصاصا ان يصير الاول مقضيا بالثانى والمشاركة انما تثبت فى الاقتضاء (وان ابرأ) احدهما (عن البعض) اى بعض نصيبه (قسم الباقى على سهامه) لان الحق عاد الى هذا القدر حتى لو كان لهما على المديون عشرون درهما فابرأه احدهما عن نصف نصيبه كان له المطالبة بالخمسة وللساكت المطالبة بالعشرة كما فى الدرر (وان اجل) احدهما (نصيبه لايصح) التاجيل عند الطرفين (خلافا لابى يوسف) فانه يصح عنده اعتبارا بالابراء المطلق ولهما انه يؤدى الى قسمة الدين قبل القبض كما فى الهداية وفى النهاية ماذكره من صحة الاختلاف مخالف لما ذكر فى عامة الكتب حيث ذكر قول محمد مع قول ابى يوسف وذلك سهل لجواز ان يكون المص قد اطلع على رواية لمحمد مع الامام (وبطل صلح احد ربى السلم) اى احد الشريكين فى سلم (عن نصيبه على مادفع) من رأس المال وهذا عند الطرفين لانه يستلزم جواز قسمة الدين فى الذمة وانها لاتجوز (خلافا له) اى لابى يوسف (ايضا) كما خالف فى المسئلة الاولى فان عنده يجوز لانه دين مشترك فاذا صالح احدهما على حصته جاز كسائر الديون كما فى شرح الكنز للعينى وانما شرط على دفع رأس

المال لان الصلح على غير رأس المال لايجوز بالاتفاق لما فيه من استبدال المسلم فيه وفي التنوير صالح احد ربي سلم عن نصيبه على مادفع فان اجازه الآخر نفذ عليهما وان رده رد وبطل ثم قال وهذه العبارة اولى من قول الكنز وهو اختيار المص وبطل الى آخره لانه ليس بباطل بل هو صحيح موقوف الا ان يراد به انه سيبطل على تقدير عدم الاجازة انتهى (وان اخرج الورثة احدهم عن عرض) هي التركة (او) اخرجوه عن (عقار) هي التركة (بمال) اعطوه له (او) اخرجوه (عن احد النقدين بالآخر) اى عن ذهب هو التركة بفضة دفعوها اليه او عن فضة هي التركة بذهب دفعوه اليه (او عنهما) اى عن النقدين (بهما) اى بالنقدين بان كان في التركة دراهم ودنانير و بدل الصلح ايضا دراهم ودنانير (صح) هذا الصلح في الوجوه كلها (قل البدل او اكثر) صرفا للجنس الى خلافه كما في البيع لكن في الوجه الثاني والثالث يعتبر التقابض في المجلس تحرزا عن الربوا لانه صرف ولا يعتبر التساوي والاصل في جواز التخارج اثر عثمان رضي الله تعالى عنه فانه صالح تماضر امرأة عبدالرحمن بن عوف رضي الله تعالى عنه عن ربع الثمن وكان له اربع نسوة على ثمانين الف دينار بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير (وعن نقدين) وهما الذهب والفضة (وغيرهما) اى غير النقدين مثل العقار والعروض اراد ان التركة ان كانت مشتملة على هذه الاجناس فاخرجوه (باحد النقدين) يعني دفعوا اليه امافضة اوذهبا (لايصح الا ان يكون المعطى) بفتح الطاء اى الذي اعطوه (اكثر من نصيبه من ذلك الجنس) ليكون نصيبه بمثله والزيادة بمقابلة حقه من بقية التركة تحرزا عن الربوا وذلك لان الصلح لايجوز بطريق الابراء لان التركة اعيان والبراءة من الاعيان لاتجوز لكن لابد من التقابض في المجلس فيما يقابل النقدين لانه صرف في هذا القدر (وان) صالحوا (بعرض) في هذه الصورة (جاز مطلقا) لعدم الربوا (وان) كان (في التركة دين على الناس فاخرجوه) اى اخرجت الورثة احدهم (ليكون الدين لهم بطل الصلح) لان فيه تمليك الدين الذي هو حصة المصالح من غير من عليه الدين وهم الورثة فبطل ثم تعدى البطلان الى الكل لان الصفقة واحدة سواء بين حصة الدين اولم يبين عند الامام و ينبغي ان يجوز عندهما في غير الدين اذا بين حصته ثم ذكر لصحة الصلح حيلا فقال (فان شرطوا) اى الورثة (براءة الغرماء من نصيبه) اى من الدين الذي هو نصيب المصالح (صح) الصلح لانه اسقاط وتمليك للدين ممن عليه الدين وفي هذا الوجه ضرر لسائر الورثة حيث لايمكنهم الرجوع على

المديون بقدر نصيب المصالح ونوع نفع لهم حيث لا يبقى للمصالح حق فيما على المديون فاذا وجد الضرر مع النفع فى محل لا يعد الضرر ضررا فتصير هذه الحيلة مقبولة عند البعض (وكذا) صح الصلح (ان قضوا) اى تعجلوا قضاء (حصته) اى حصة المصالح (منه) اى من الدين (تبرعا) ثم تصالحوا عما بقى من التركة ولا يخفى ما فيه من ضرر بقية الورثة فالاولى ما ذكره بقوله (او اقرضوه) اى اقرض بقية الورثة المصالح (قدرها) اى قدر حصته من الدين (واحالهم) اى احال المصالح الورثة (به) اى بالقرض الذى اخذه منهم (على الغرماء) وهم يقبلون الحوالة (وصالحوه عن غيره) اى عن غير الدين بما يصلح ان يكون بدلا (صح) وفى التبيين والاوجه منه ان يبيعوه كفا من تمر او نحوه بقدر الدين ثم يحيلهم على الغرماء او يحيلهم ابتداء من غير بيع ليقبضوه له ثم يأخذوه لانفسهم (وفى صحة الصلح عن تركة هى اعيان غير معلومة على مكيل او موزون اختلاف) قال الامام المرغينانى لا يصح لاحتمال الربوا بان كان فى التركة المجهولة مكيل او موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح وقال الفقيه ابو جعفر يصح لاحتمال ان لا يكون فى التركة من جنس بدل الصلح وعلى تقدير كونه يحتمل ان يكون نصيبه اقل من بدل الصلح فاحتمال الاحتمال يكون شبهة الشبهة ولا عبرة بها هذا هو الصحيح كما فى التبيين وغيره (والاصح الجواز ان علم انها) اى التركة (غير المكيل او الموزون) والاولى بالواو كما فى الهداية وغيره (اذا كانت كلها) اى كل التركة (فى يد البقية) اى بقية الورثة لان التركة قائمة فى ايديهم فالجهالة فيها لا تفضى الى النزاع لعدم الحاجة الى التسليم حتى لو كان بعض التركة فى المصالح ولا يعرفه بقية الورثة لا يجوز وقيل لا يصح لانه بيع اذ المصالح عنه عين ومع الجهالة لا يصح البيع (وبطل الصلح والقسمة ان كان على الميت دين مستغرق) للتركة لان التركة لم يتملكها الوارث الا ان يضمن الوارث الدين بشرط ان لا يرجع فى التركة او يضمن اجنبى (بشرط براءة الميت وان) كان الدين (غير مستغرق فالاولى ان لا يصالح قبل قضائه) اى قضاء الدين لحاجته الى تقدم القضاء (ولو فعل) وصالح (قالوا يجوز) لان التركة لا تخلو عن قليل دين والداين قد يكون غائبا فتتضرر الورثة بالتوقف على مجيئه والداين لا يتضرر لان على الورثة قضاء دينه (والقسمة تجوز قياسا) لما مر من ان التركة لا تخلو عن قليل دين فتقسم نفيا للضرر عن الوثة (لا) تجوز (استحسانا) وهو قول الكرخى لان الدين يمنع تملك الوارث اذ ما من جزء من التركة الا وهو مشغول بالدين فلا تجوز القسمة قبل قضائه (وقيل القياس

ان يوقف الكل) لما مر من ان الدين يتعلق بكل جزء من التركة (والاستحسان
ان يوقف قدر الدين و يقسم الباقى) لدفع الضرر عن الورثة وفى التنوير
واذا اخرجوا واحدا فحصته تقسم بين الباقى على السواء ان كان ما اعطوه
من مالهم غير الميراث المشترك بينهم وان كان ما اعطوه له مما ورثوه من مورثهم
فعلى قدر ميراثهم والموصى له كوارث فيما قدمناه صالحوا احدهم ثم ظهر
للميت دين اوعين لم يعلموها هل يكون داخلا فى الصلح اشهرهما اى القولين
لايكون داخلا فيه

❊ كتاب المضاربة ❊

هى مفاعلة من الضرب فى الارض وهو السير فيها قال الله تعالى وآخرون
يضربون فى الارض يعنى الذين يسافرون فى التجارة وسمى هذا العقد بها
لان العامل فيه يسير فى الارض غالبا لطلب الربح واهل الحجاز يسمون هذا
العقد مقارضة وقراضا لان صاحب المال يقطع قدرا من ماله ويسلمه للعامل
واصحابنا اختاروا لفظة المضاربة لكونها موافقة للنص وفى الشرع
(هى) اى المضاربة (شركة فى الربح) بان يقول رب المال دفعته
مضاربة اومعاملة على ان يكون لك من الربح جزء معين كالنصف اوالثلث
اوغيره و يقول المضارب قبلت ففيه اشعار بان كلا من الايجاب والقبول
ركن والطرف للشركة (بمال من جانب) وهو جانب رب المال (وعمل
من جانب) آخر وهو جانب المضارب وهو مشروعة للحاجة اليها فان الناس
بين غنى بالمال غبى عن التصرف فيه و بين مهتد فى التصرف صفر اليد
عن المال فمست الحاجة الى شرع هذا النوع من التصرف لتنتظم مصلحة
الغبى والذكى والفقير والغنى وبعث النبى صلى الله عليه وسلم والناس
يباشرونه فقررهم عليه وتعاملت به الصحابة رضى الله تعالى عنهم (والمضارب
امين) ابتداء لانه قبض المال باذن مالكه لا على وجه المبادلة والوثيقة
والحيلة فى ان يصير المال مضمونا على المضارب ان يقرضه من المضارب
ويشهد عليه ويسلمه اليه ثم يأخذه منه مضاربة ثم يدفعه الى المستقرض يستعين
به فى العمل بجزء شايع من الربح فاذا عمل وربح كان الربح بينهما على
الشرط واخذ رأس المال على انه بدل القرض وان لم يربح اخذ رأس المال
بالقرض وان هلك المال هلك على المستقرض وهو العامل وذكر الزيلعى حيلة
اخرى فليطالع (فاذا تصرف) المضارب فى المال (فوكيل) لانه متصرف
فى ملكه بامره ولهذا يرجع بما لحقه من العهدة على رب المال كالوكيل

(فان ربح) منه (فتىرك) لرب المال لانه هو المقصود من عقد المضاربة (وان خالف) المضارب شرط رب المال (فغاصب) ولو اجاز بعده لوجود التعدى منه على مال غيره فصار غاصبا فيضمن و به قالت الائمة الثلاثة واكثر اهل العلم وعن على والحسن والزهرى انه لاضمان كما فى التمنى (وان شرط كل الربح له) اى للمضارب (فستقرض) فان استحقاق كل الربح لا يكون الا بعد ان يصير رأس المال ملكا له لان الربح فرع المال واشتراطه له يوجب تمليكه رأس المال اقتضاء (وان شرط) كل الربح (لرب المال فستبضع) حيث يكون عاملا لرب المال بلا بدل وعمله لايتقوم الا بالتسمية فكأنه كان وكيلا متبرعا (وان فسدت) المضاربة بشيء (فاجير) لان المضارب عامل لرب المال وما شرطه له كالاجرة على عمله ومتى فسدت ظهر معنى الاجارة فلا ربح حينئذ لانه يكون فى المضاربة الصحيحة ولما فسدت صارت اجارة (فله) اى للمضارب (اجر مثله) اى اجر مثل عمله كما هو حكم الاجارة الفاسدة (ربح او لم ربح) و به قال الشافعى لانه لا يستحق المسمى لعدم الصحة ولم يرض بالعمل مجانا فيجب اجر المثل وان لم يربح فى رواية الاصل وعن ابى يوسف لااجر له اذا لم يربح اعتبارا بالمضاربة الصحيحة (ولا يزاد) اجر مثل عمله (على) قدر (ماشرط له) من الربح (عند ابى يوسف) لانه رضى به وهو المختار (خلافا لمحمد) فان له اجر المثل عنده بالغا مابلغ و به قالت الائمة الثلاثة (ولا يضمن) المضارب (المال) بالهلاك (فيها) اى المضاربة الفاسدة (ايضا) اى كما لايضمنه فى المضاربة الصحيحة لانه امين فلا يكون ضمينا وهذا ظاهر الرواية و به يفتى وعن محمد انه يضمن كما فى القهستانى وقال الطحاوى عدم الضمان قول الامام وعندهما هو ضامن اذا هلك فى يده بما يمكن التحرز عنه وقال الاسبيجابى والاصح انه لاضمان على قول الكل كما فى العناية (ولا تصح المضاربة الا بمال تصح به الشركة) من النقدين والتبر والفلس النافق لكن فى الكبرى ان فى المضاربة بالتبر روايتين وعن الشيخين انها تصح بالفلس ولم تصح عند محمد وعليه الفتوى كما فى القهستانى (وان دفع عرضا وقال بعه واعمل فى ثمنه مضاربة فقبل او قال اقبض مالى على فلان) من الدين (واعمل فيه مضاربة) فقبل (جازت ايضا) كما تصح به الشركة لان المضاربة فى المسئلة الاولى اضيفت الى ثمن العرض وهو مما تصح فيه المضاربة وفى الثانية اضيفت الى زمان القبض والدين اذا قبض صار عينا فيجوز هذا العقد بخلاف مالو قال اعمل بالدين الذى فى ذمتك فانه لايجوز اتفاقا وفى المنح ولو قال اقبض دينى على فلان ثم اعمل به مضاربة فعمل قبل ان يقبض كله ضمن ولو قال فاعمل به

لايضمن وكذا بالواو لان ثم للترتيب فلايكون مأذونا بالعمل الابعد قبض الكل بخلاف الفاء والواو فانه يكفي قبض البعض كذا في بعض المعتبرات لكن في القول بان الفاء كالواو وفي هذا الحكم نظر لان ثم يفيد الترتيب والتراخي والفاء يفيد التعقيب والترتيب فينبغي ان لايثبت الاذن فيها قبل القبض بل يثبت عقبه بخلاف الواو فانها لمطلق الجمع من غير تعرض لمقارنة ولا ترتيب وفي المجتبي لوقال اشترلي عبدا نسيئة ثم بعه واعمل بثمنه مضاربة فاشتراه ثم باعه وعمل فيه جاز ولوقال رب المال للغاصب اوالمستودع اوالمبضع اعمل بما في يدك مضاربة جاز (وشرط تسليم المال الى المضارب بلايد لرب المال فيه) لان تخلية المال للعامل واجب للتمكن من التصرف فيه حتى لوشرط عمل رب المال معه لفسدت المضاربة لان ذلك مخل بالتسليم بخلاف الشركة (عاقدا كان) رب المال (اوغير عاقد كالصغير اذاعقدها) اى المضاربة (له) اى للمضارب (وليه) اى ولي الصغير وشرط عمل الصغير معه فانه لايجوز لان يد المالك ثابت له وبقاء يده يمنع التسليم الى المضارب (واحد الشريكين اذا عقدها) اى المضاربة (الآخر) اى اذادفع احد المتفاوضين واحد شريكي العنان المال مضاربة وشرط عمل شريكه معه فانه لايجوز لقيام الملك له فالمعتبر فيه عمل المالك لا العاقد حتى لودفع الاب اوالوصي مال الصغير وشرط عمل نفسه جاز لانهما من اهل ان يأخذا مال الصغير مضاربة بانفسهما فجاز اشتراط العمل عليهما بخلاف المأذون لودفع ماله مضاربة وشرط عمله معه فانه لم يجز لان اليد المتصرفة ثابتة له فنزل منزلة المالك وفيه اشعار بان الوصي اذادفع مال الصغير الى نفسه مضاربة جاز كما في الذخيرة لكن ينبغي ان يزاد في هذه المسئلة ان الوصي لايجعل لنفسه اكثر مما يجعل لامثاله كما قاله الطرسوس (و) شرط (كون الربح بينهما مشاعا) اى لاتصح المضاربة حتى يكون الربح مشاعا بينهما بان يكون اثلاثا او منصفا ونحوهما لان الشركة لاتتحقق الابه فلوشرط لاحدهما دراهم مسماة تبطل فيكون الربح لرب المال وشرط كون نصيب كل من المضارب ورب المال معلوما عند العقد وكون رأس المال معلوما تسمية اواشارة (فتفسد) المضاربة (ان شرط لاحدهما عشرة دراهم مثلا) لان اشتراط ذلك مما يقطع الشركة بينهما لانه ربما لا يربح بالشرط فاذالم يصح بقيت منافعه مستوفاة بحكم العقد فيجب اجر المثل وفي التنوير ولوادعى المضارب فسادها فالقول لرب المال وبعكسه فللمضارب (وكل شرط يوجب جهالة الربح) كشرط رب المال على المضارب ان يدفع اليه ارضه ليزرعها سنة اوداره ليسكنها سنة (يفسدها) اى المضاربة لانه جعل

بعض الربح عوضا عن عمله والبعض اجرة داره اوارضه ولا يعلم حصة العمل حتى تجب حصته وتسقط مااصاب منفعة الدار (وما) اى كل شرط (لا) يوجب جهالة الربح (فلا) يفسد المضاربة (و) لكن (يبطل الشرط) لانه لا يفضى الى جهالة حصة العمل اذ نصيبه من الربح مقابل بعمله لاغير ولا جهالة فيه (كشرط الوضيعة) وهى الخسران (على المضارب) لان الخسران جزء هالك من المال فلا يجوز ان يلزم غير رب المال لكنه شرط زائد لايوجب قطع الشركة فى الربح ولا الجهالة فيه فلا يفسد المضاربة لانها لاتفسد بالشروط الفاسدة كالوكالة ولان صحتها توقف على القبض فلا تبطل بالشرط كالهبة (وللمضارب فى مطلقها) اى مطلق المضاربة وهو مالم يقيد بمكان او زمان او نوع من التجارة نحو ان يقول دفعت اليك هذا المال مضاربة ولم يزد عليه (ان يبيع ويشترى ويوكل بهما) اى البيع والشراء (ويسافر) بمال المضاربة برا وبحرا ولو دفع المال فى بلده على الظاهر وعن ابى يوسف لا يسافر به قال الشافعى وعن الامام ان دفع اليه المال فى بلده ليس له ان يسافر به وفى القهستانى ولا يسافر سفرا مخوفا يتحامى الناس عنه فى قوتهم (ويبضع) من الابضاع وهو ان يدفع الى غيره مالا يعمل فيه ويكون الربح لرب المال (ويودع ويرهن ويرتهن ويواجر ويستأجر ويحتال بالثمن على الايسر وغيره) لان كل ذلك من صنيع التجار (ولو ابضع) المضارب (رب المال صح ولا تفسد به) اى بالابضاع (المضاربة) وقال زفر تفسد لان رب المال حينئذ متصرف فى مال نفسه وهو لا يصلح ان يكون وكيلا فيه فيكون مستردا له ولنا ان التصرف فى مال المضاربة صار حقا للمضارب فيصلح ان يكون رب المال وكيلا عنه فى التصرف فيه (وليس له) اى للمضارب (ان يضارب) مال ضاربة لآخر (الا باذن رب المال) صريحا (او بقوله له) اى للمضارب (اعمل برأيك) لان الشئ لايتضمن مثله فلا بد من التنصيص عليه او التفويض المطلق اليه كالوكيل لا يملك التوكيل الا بقول الاصيل اعمل برأيك بخلاف الابضاع والايداع لانهما دون المضاربة لامثلها فيتضمنهما (ولا) ليس للمضارب (ان يقرض او يستدين) بان يشترى باكثر من مال المضاربة (او يهب او يتصدق) وان قيل له اعمل برأيك لان المراد بهذا القول التعميم فى كل ماهو من صنيع التجار وهذا ليس من صنيعهم اذا لربح الحق عندهم لايحصل بها (الا بتنصيص) من رب المال على الاقراض والاستدانة والهبة والتصدق فحينئذ ملكها وفرع على الاستدانة بقوله (فان شرى بمالها) اى المضاربة (بزا) بفتح الباء الموحدة والراى عند اهل الكوفة ثياب الكتان

لاثياب الصوف والخز كما فى المغرب (وقصره) اى غسله باجرة من ماله من قصر
يقصر بالضم قصرا اوقصارة اومن قصر الثوب بالتشديد اى جمعه فغسله كما
فى القهستانى (او حمله) من موضع الى آخر (بماله) اى بمال المضارب لا بماله
(فهو) اى المضارب (متبرع) فلا يرجع بماله على رب المال (وان) وصلية
(قيل له اعمل برأيك) لانه استدانة على المال بلا اذن صريح فلو قصر بالنشا
فحكمه حكم الصبغ (وله) اى للمضارب (الخلط بماله) اى المضارب
(والصبغ) بماله (ان قيل له ذلك) اى اعمل برأيك والمراد بالصبغ ان يصبغه
احمر لعدم الخلاف فى كونه زيادة بخلاف السواد فانه نقصان عند الامام لكن
اطلاق المص يشعر انه اختار قول الامامين وسكت عن قول الامام تتبع (فلا يضمن
المضارب به) اى بالخلط ولا بالصبغ فانه مأذون فيه لان قوله اعمل برأيك يتضمنه
فلا يكون به متعديا (ويصير) المضارب (شريكا) لرب المال (بما زاد الصبغ
فيه (وحصته) اى حصة قيمة الصبغ (له) اى للمضارب (اذا بيع) المصبوغ
(وحصة الثوب) الابيض (فى) مال (المضاربة) حتى اذا كانت قيمة الثوب
غير مصبوغ الفا ومصبوغا الفا ومأتين كان الالف للمضاربة ومائتا
درهم للمضارب بدل ماله وهو الصبغ بخلاف القصارة والحمل وتمامه فى العناية
فليطالع (وان قيدت المضاربة ببلد) معين بان قال رب المال للمضارب دفعته
مضاربة فى الكوفة مثلا (او سلعة) اى متاع معين بان قال دفعته مضاربة
فى الكرباس مثلا (او وقت) معين بان قال دفعته مضاربة بالصيف مثلا
(او معامل معين) بان قال دفعته مضاربة لفلان (فليس له) اى للمضارب
(ان يتجاوز) مما عينه المالك لان المضاربة توكيل وفى التخصيص فائدة
لان التجارات تختلف باختلاف الامكنة والامتعة والاوقات والاشخاص وكذا
ليس له ان يدفعه بضاعة الى من يخرجه من تلك البلدة وقال مالك والشافعى
اذا شرط المالك ان لا يشترى الا من رجل بعينه اوسلعة بعينها اوما لا يعم وجود
لا تصح المضاربة (كما) لا يتعدى الشريك (فى الشركة) عما عينه الشريك
الآخر بشئ منها (فان تجاوز) المضارب بان يخرج الى غير ذلك البلد
فتصرف فيه اواشترى سلعة غير ما عينه اوفى وقت غير ما عينه او باع مع غير
من عينه (ضمن) لانه صار غاصبا بالمخالفة وكان المشترى له (والربح له) اى
للمضارب وعليه خسرانه ثم قيل يضمن بنفس الاخراج من البلد لوجود
المخالفة وقيل لا يضمن ما لم يشتر لاحتمال عوده الى البلد قبل الشراء فاذا
عاد زال الضمان فصار مضاربة على حاله بالعقد الاول (فان قال له) اى قال
المالك للمضارب (عامل اهل الكوفة او عامل الصيارفة فعامل فى الكوفة

غير اهلهـا) اى الكوفة (اوصارف) اى عامل معـاملة الصرف (مع غير الصيـارفة لايكون مخالفا) فيجـوز لان فائدة الاول التقييد بالمكان وفائدة الثـانى التقييد بالنـوع هـذا هو المراد عرفا لافيما وراء ذلك كما فى الهـداية (وكذا) لايكون مخالفا (لوقال اشترفى سوقهـا) اى الكوفة (فاشـترى فى غيره) اى غير سوق الكوفة لان اماكن المصر كلها سواء فى السعر والنقد والامن فيجوز (بخلاف قوله لاتشترفى غير السوق) فانه حينئـذ لايجوز لواشـتراه فى غيره فيضمن لانه صرح بالحجر والولاية الى المالك وفى العنـاية كلام فليطالع (وان قال) المـالك للمضارب (خذهذا المال تعمل به) اى بالمال (فى الكوفـة) مرفوعا اومجزوما (او) خـذهذا المـال (فاعمل به) اى بالمـال (فيهـا) اى الكوفة (اوخـذه) اى المـال المضارب (بالنصف فيها) اى الكوفـة (فهو تقييد) فليس له ان يعمل فى غير الكوفـة لان قوله تعمل به تفسير لقوله خذه والكلام المبهم اذاتعقبه تفسيركان الحكم للتفسير وكذا قوله فاعمل به لانه فى معنى التفسير لان الفاء للوصـل والتعقيب والذى وصل الكلام المبهم وتعقبه كان تفسـيراله وكذا لوقال خـذه مضاربة بالنصف لان الباء للالصاق فيقتضى ان يكون العمل فيه وكذا لوقال خذه مضاربة بالنصف فى الكوفـة لان فى للظرف وانما تكون البلدة ظرفا اذا حصـل الفاعل والفعـل وكذا اذا قال خذه مضاربة على ان تعمل بالكوفة لان على للشرط فيتقيـد به كما فى التبيين (بخلاف خذه) اى المال مضاربة (واعمل به فيها) اى فى الكوفة فانه ليس بتقييد حتى لايضمن فى العمل فى غيرها لان الواو للعطف والشئ لايعطف على نفسه وانمـا يعطف على غيره وقد يكون للابتداء اذا كانت بعـدها جـلة فتكون مشورة لاشرطا للاول والضـابط ان رب المال متى ذكر عقيب المضـاربة مالايمكن التلفظ به ابتداء او يمكن جعـله مبنيا على ماقبـله يجعل مبنيا عليـه كما فى الالفاظ الثلاثة السابقة التى تذكر فى المتن وان استقام للابتداء به لايبنى على ماقبله و يجعل مبتدأ كما فى اللفظ الاخـير (وللمضارب ان يبيع بنسيئة) متعارفة عنـد التجـار كسنة اودونها (مالم يكن اجلا لايبيع اليه التجار) كعشرين سـنة مثلا وعند الائمة الثلاثة لايبيع بنسيئة الاباذنه لان البيع بالنسيئة يوجب قصر يد المضـارب عن التصرف فيصير بمنزلة دفعـه المال مضاربة فلا يجوز الابالاذن ولنا ان البيع بالنسيئة من صنيع التجار وهواقرب الى تحصيل الربح الذى هومقصود رب المال فانه بالنسيئة اكثر منـه بالنقد ولهذا كان له ان يشـترى دابة للركوب وليس له ان يشترى سفينة للركوب وله ان يستكريها اعتبار العاده التجار كما فى الهداية (وان باع) المضارب (بنقد ثم اخر) اى الثمن (صح اجماعا) اما عندهمـا

فان الوكيل يملك ذلك فالمضارب اولى لان المضارب لايضمن لان له ان يقايل ثم يبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل لانه لايملك ذلك واما عند ابى يوسف فلانه يملك الاقالة ثم البيع بالنسأ بخلاف الوكيل لانه لايملك الاقالة كما فى الهداية (وله) اى للمضارب (ان يأذن لعبد المضاربة) اى العبد الذى اشتراه من مال المضاربة (فى التجارة) فى الرواية المشهورة لانه من صنيع التجار وعن محمد لايملك ذلك لانه بمنزلة الدفع مضاربة (وليس له) اى للمضارب (ان يزوج عبدا اوامة من مالها) اى مال المضاربة لان التزويج ليس من التجارة مع ان عقد المضاربة يتضمن التوكيل بالتجارة فلايملك التزويج وان كان اكتسابا بجهة اخرى وعن ابى يوسف ان المضارب يزوج الامة لانه من الاكتساب اذ يستفيد به المهر وسقوط النفقة من مال المضاربة وفيه اشارة الى انه لايحل وطئ جارية المضاربة ربح اولا واذن به اولا كما فى القهستانى (ولا) يجوز للمضارب (ان يشترى به) اى بمال المضاربة (من يعتق على رب المال) سواء كان ذلك العتق بسبب القرابة كاشتراء ابن رب المال او بسبب اليمين كقوله ان ملكته فهو حر لان حصول الربح غير متصور بالعتق فعقد المضاربة ينافيه (فان شرى) المضارب به من يعتق عليه (كان) الشراء (له) اى لنفس المضارب ويضمن دفعا للضرر (لانها) اى لايكون للمضاربة لان الشراء نافذ على المشترى لكونه اصيلا فى حق البايع (ولا) يجوز للمضارب (ان يشترى من يعتق عليه) اى على المضارب (ان كان فى المال ربح) لانه يعتق نصيبه و يفسد نصيب رب المال بسببه او يعتق على الاختلاف الذى مضى بيانه فى العتق والمراد من الربح هنا ان تكون قيمة العبد المشترى اكثر من رأس المال سواء كان فى جملة رأس المال ربح اولا حتى لوكان المال الفا فاشترى بها المضارب عبدين قيمة كل واحد منهما الف فاعتقهما المضارب لايصح عتقه واما بالنسبة الى استحقاق المضارب فانه يظهر فى الجملة ربح حتى لو اعتقهما رب المال فى هذه الصورة صح وضمن نصيب المضارب منهما وهو خمسمائة موسرا كان اومعسرا كما فى المنح (فان فعل) اى اشترى من يعتق عليه وقيمته اكثر من رأس المال (ضمن) اى المضارب لانه مشترى لنفسه (وان لم يكن) فى المال (ربح صح) شراؤه لانه لايعتق عليه اذ لاملك للمضارب فيه لكونه مشغولا برأس المال فيمكنه ان يبيعه للمضاربة فيصح (فان حدث ربح بعد الشراء) بان كان قيمته وقت الشراء قدر رأس المال اواقل ثم ازدادت قيمته حتى صارت اكثر من رأس المال (عتق نصيبه) اى نصيب المضارب لكونه مالكا قريبه (ولايضمن) لرب المال شيئا من قيمته لعدم صنعه فى زيادتها فصار كما اذا ورثه مع غيره (بل يسعى المعتق) بفتح التاء

(فى) قيمة (نصيب رب المال) منه لاحتباس رأس المال ونصيبه من الربح عنده (ولو اشترى المضارب بالنصف امة بالف وقيمتها) اى الامة (الف) فوطئها (فولدت ولدا يساوى الفا فادعاه) اى ادعى المضارب الولد حال كونه (موسرا) اى فى حال يساره (فصارت قيمته) اى قيمة الولد (الفا ونصفه) اى خمسمائة (استسعاه) اى الغلام ان شاء (رب المال فى الف وربعه) اى ربع الالف وهو مائتان وخمسون (اواعتقه) اى اعتق رب المال الغلام ان شاء (فاذا قبض) رب المال (الالف) من الغلام (ضمن المدعى) اى المضارب (نصف قيمة الامة) وذلك لان دعوة المضارب وقعت صحيحة ظاهرا لانه يحمل على انه ولده من النكاح بان زوجها البايع له ثم باعها منه وهى حبلى منه حملا لامره على الصلاح لكن لاتفيد هذه الدعوة لعدم الملك وهو شرط فيها اذ كل واحد من الجارية وولدها مشغول برأس المال فلايظهر الربح فيه لما عرف ان مال المضاربة اذا صارت اجناسا مختلفة كل واحد منها لايزيد على رأس المال لايظهر الربح عندنا لان بعضها ليس باولى به من البعض فح لم يكن للمضارب نصيب فى الامة ولا فى الولد وانما الثابت له مجرد حق التصرف فلا ينفذ دعوته فاذا زادت قيمته فصارت الفا وخمسمائة ظهر الربح فملك المضارب منه نصف الزيادة فنفذت دعوته لوجود شرطها وهو الملك بخلاف مااذا اعتق الولد ثم ظهر الربح حيث لاينفذ اعتاقه السابق لانه انشاء فاذا بطل لعدم الملك لاينفذ بعد بحدوثه واما الدعوة فاخبار فاذا رد فى حق غيره فهو باق فى حق نفسه فاذا ملكه بعد ذلك نفذت دعوته كما اذا اخبر بحرية عبد لغيره يرد اخباره فاذا ملكه بعد ذلك صار حرا كما فى الدرر هذا



باب

يقرأ بالتنوين وعدمه (المضارب يضارب) مع آخر مضاربة المضاربة مركبة فلهذا اخرها عن المفرد (فان ضارب المضارب) اى دفع المضارب مال المضاربة الى آخر مضاربة (بلااذن) من رب المال (فلاضمان) على المضارب اذا هلك المال بمجرد الدفع (مالم يعمل) المضارب (الثانى) فى المال واذا عمل ضمن الدافع ربح الثانى اولا (فى ظاهر الرواية) عن الامام (وهو قولهما وفى رواية الحسن عن الامام لايضمن بالعمل ايضا مالم يربح) اى الثانى وقال زفر يضمن بالدفع تصرف اولم يتصرف وهو رواية عن ابى يوسف وهو قول الثلاثة لانه دفع ماله الى غيره بلا امر فيضمن ولنا انه كالايداع قبل العمل وهو يملك الايداع بنفسه وجه ظاهر الرواية ان الربح انما يحصل بالعمل فيقام سبب

حصول الربح مقام حقيقة حصوله في صيرورة المال مضمونا به هذا اذا كانت المضاربة الثانية صحيحة (وان كانت الثانية فاسدة فلاضمان) على الاول (وان) وصلية (ربح) الثانى لانه اجير والاجير لايستحق شيئا من الربح فلا تثبت المضاربة وله اجر مثله على المضارب الاول فيكون الربح بين الاول ورب المال على ماشرط له (وحيث ضمن) اى حيث لزم الضمان بعمل الثانى فى ظاهر الرواية و بالربح فى رواية الحسن عنه (فلرب المال تضمين ايهما شاء) باجماع اصحابنا (فى المشهور) من الرواية اى خير رب المال ان شاء ضمن المضارب الاول رأس ماله لتعديه عليه وان شاء ضمن الثانى لقبضه بغير اذن المالك وان اختار رب المال ان يأخذ الربح ولايضمن ليس له ذلك كما فى المبسوط فان ضمن الاول صحت المضاربة بينه و بين الثانى لانه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع الى غيره لا على الوجه الذى رضى به فصار كما اذا دفع مال نفسه وكان الربح على ماشرطا وان ضمن الثانى رجع بما ضمن على الاول بالعقد لانه عامل له كالمودع ولانه مغرور من جهته فى ضمن العقد وصحت المضاربة بينهما و يكون الربح بينهما على ماشرطا و يطيب للثانى ماربح لانه يستحقه بالعمل ولا خبث فى العمل ولايطيب للاول لانه يستحقه بملكه المستند باداء الضمان ولا يعرى عن نوع خبث كما فى الهداية (وقيل على الخلاف فى ايداع المودع) اى يضمن الاول فقط ولايضمن الثانى عند الامام وعندهما يضمن بناء على اختلافهم فى مودع المودع فان عنده لايضمن وعندهما يتخير والفرق بينهما للامام ان مودع المودع كان يقبضه لنفع الاول فلايكون ضامنا اما المضارب الثانى فيعمل فيه لنفع نفسه فجاز ان يكون ضامنا (وان اذن) رب المال (له) اى للمضارب بالدفع الى آخر (بالمضاربة فضارب) المضارب (بالثلث و) الحال انه قد (قيل له) اى وكان رب المال قال للمضارب الاول (مارزق الله بيننا نصفان او) مارزق الله (فلى نصفه اوما فضل) من رأس المال (فنصفان) فعمل الثانى وربح (فنصف الربح لرب المال وثلثه للثانى) اى للمضارب الثانى (وسدسه للاول) اى للمضارب الاول لان الدفع الى الثانى مضاربة لانه باذن المالك وقد شرط لنفسه نصف جميع مارزق الله تعالى وقد جعل المضارب الاول للثانى ثلثه فينصرف ذلك الى نصيبه لانه لايقدر ان ينقص من نصيب رب المال شيئا فيبقى للاول السدس و يطيب ذلك لكلهم لان رب المال يستحقه بالمال وهما بالعمل (وان دفع) المضارب الاول للثانى (بالنصف) والمسئلة بحالها (فنصفه) اى الربح (لرب المال ونصفه للثانى) اى للمضارب الثانى (ولاشئ للاول) لان المالك شرط لنفسه جميع الربح فانصرف شرط الاول

النصف للثاني الى نصيبه فيكون للثاني بالشرط ويخرج الاول بغير شئ لانه لم يبق له (وان شرط) الاول (للثاني الثلثين) اى ثلثي الربح والمسئلة بحالها (فكما شرط) يعني لرب المال النصف وللمضارب الثاني الثلثان (ويضمن المضارب (الاول للثاني سدسا) اى سدس الربح من ماله لان المالك شرط النصف لنفسه فله ذلك واستحق المضارب الثاني ثلثي الربح بشرط الاول لان شرطه صحيح لكونه معلوما لكن لاينفذ في حق المالك اذلا يقدران يغير شرطه فيغرم له قدر السدس تكملة للثلثين لالتزامه بالعقد (وان كان قيل له) اى للمضارب الاول يعني قال له رب المال (مارزقك الله اومار بحت بيننا نصفان فدفع) المضارب لآخر مضاربة (الثلث) فعمل الثاني وربح (فلكل منهم) اى لكل واحد من المالك والمضارب الاول والثاني (ثلثه) لان ثلث الربح مشروط للثاني ومابقي من الربح ثلثان وهو مرزوق للاول فنصف الثلثين هو الثلث لرب المال على ماشرط ولايبقى للاول الاالثلث ويطيب لهم ايضا (وان دفع) المضارب لآخر مضاربة (بالنصف) في هذه الصورة (فللثاني نصف) الربح (ولكل من) المضارب (الاول ورب المال ربع) الربح لان الاول شرط للثاني نصف الربح وذلك مفوض اليه من جهة رب المال فيستحقه وقد جعل رب المال لنفسه نصف ماربح الاول ولم يربح الاالنصف فيكون بينهما (ولو شرط) المضارب (لعبد رب المال ثلثا) من الربح (ليعمل) العبد (معه) اى مع المضارب (و) شرط (لرب المال ثلثا) من الربح ولنفسه ثلثا صح) ذلك لان اشتراط العمل على العبد لايمنع التخلية والتسليم من المالك سواء عليه دين اولا لان للعبد يدا معتبرة فيكون منفردا خصوصا اذا كان مأذونا واشتراط العمل اذن له فتكون حصته للمولى ان لم يكن على العبد دين والافهو لغرمائه ان شرط عمله والافهو للمولى قوله معه عادى وليس بقيد بل يصح الشرط ويكون للمولى وان لم يشترط عمله قيد بعبد رب المال لان عبد المضارب لوشرط له شئ من الربح ولم يشترط عمله لايجوز ويكون ماشرط لرب المال اذا كان على العبد دين والايصح سواء شرط عمله اولا ويكون للمضارب وقيد بكون العاقد المولى لانه لوعقدها المأذون مع اجنبي وشرط عمل مولاه لم يصح ان لم يكن عليه دين وهو الاصح عند الامام خلافا لهما وقيد باشتراط عمل العبد لان اشتراط عمل رب المال مع المضارب مفسد وكذا اشتراط عمل المضارب مع مضاربه اوعمل رب المال مع الثاني ولو شرط بعض الربح للمساكين اوللحج اوفي الرقاب لم يصح ويكون لرب المال ولو شرط لمن شاء المضارب فان شاء لنفسه اولرب المال صح وان شاءه لاجنبي لم يصح

كما في البحر (وتبطل) المضاربة (بموت احدهما) اى بموت المالك اوالمضارب لكونها وكالة وهى تبطل به ولايورث (و) تبطل ايضا (بلحاق رب المال) بدار الحرب حال كونه (مرتدا) العياذ بالله تعالى اذاحكم بلحوقه من يوم ارتد وانتقل ملكه الى ورثته فلم يتصرف المضارب بعد ذلك في المال الااذا كان متاعا اوعرضا فبيعه وشراؤه فيه جائز حتى يحصل رأس المال قيد بلحوقه لانه لوارتد ولم يلحق فتصرفه موقوف فان عادبعد لحوقه مسلما فالمضاربة على حالها كما في البحر بخلاف الوكيل والفرق ان محل التصرف خرج عن ملك الموكل ولم يتعلق به حق الوكيل بخلاف المضارب لكن ينبغى ان يكون هذا اذا لم يحكم بلحوقه اما اذا حكم فلا تعود المضاربة لانها بطلت كما هوظاهر كلام الاتقانى لكن في العناية تعود سواء حكم بلحاقه اولا (لا) تبطل المضاربة (بلحاق المضارب) اجماعا لان تصرفات المرتد انما تتوقف عند الامام للتوقف في املاكه ولاملك للمضارب في مال المضاربة فبقيت المضاربة على حالها فان مات اوقتل اولحق وحكم بلحاقه بطلت المضاربة كما في السراج (ولاينعزل) المضارب (بعزله) اى بعزل رب المال اياه (مالم يعلم) المضارب (به) اى بالعزل لانه وكيل من جهته فيشترط فيه العلم بعزله (فان علم) المضارب بعزله (والمال عروض فله) اى للمضارب (بيعها) اى العروض مطلقا لان له حقا في الربح ولايظهر الابالنقد فيثبت له حق البيع ليظهر ذلك (ولايتصرف في ثمنها) اى في ثمن العروض التى باعها لان البيع بعد العزل كان للضرورة ليظهر الربح ولاحاجة اليه بعد النقد ولايملك المالك فسخها في هذه الحالة لان للمضارب حقا في الربح كما في البحر (وان كان) مال المضاربة (نقدا من جنس رأس المال) اى مال عقد المضاربة حين علمه بعزله (لايتصرف) المضارب (فيه) اى النقد لعدم الحاجة اليه وهو معزول (وان) كان المال (من غير جنسه) اى غير جنس رأس المال (فله) اى للمضارب (تبديله بجنسه) اى اذا كان رأس المال دراهم وهو معزول ومعه دنانير له بيعها بالدراهم (استحسانا) لان الواجب للمضارب ان يرد مثل رأس المال وهويتحقق برد جنسه فكان له تبديله بجنسه ضرورة وفي القياس لايبدل لان النقدين جنس واحد من حيث الثمنية (ولوافترقا) اى المضارب ورب المال بالفسخ (و) كان (في المال دين على الناس لزمه) اى المضارب (الاقتضاء) اى مطالبة الدين شرعا (ان كان) فيه (ربح) لانه يأخذ الاجر فعليه عمل الطلب (والا) اى وان لم يكن فيه ربح (فلا) يلزم الاقتضاء لانه وكيل محض وهومتبرع فلا جبر على

المتبرع (ويوكل) المضارب (المالك به) اى بالاقتضاء لان المضارب هو العاقد وحقوق العقد تتعلق العاقد فلا بد من توكيله المالك فى الطلب اذا امتنع كيلا يضيع حق رب المال حيث لايدفع المديون الدين اليه وانما يدفعه الى من عقد معه اوالى وكيله (وكذا) اى مثل هذا حكم (سائر الوكلاء) فانهم اذا امتنعوا عن الاقتضاء يوكلون الملاك (والبياع) من باع الناس باجر (والسمسار) بالكسر المتوسطين البايع والمشترى يبيع ويشترى للناس باجر من غيران يستأجر (يجبران عليه) اى على الاقتضاء لوجود سبب الاجبار وهو العمل باجرة عادة فجعل ذلك بمنزلة الاجارة الصحيحة بحكم العادة فيجب عليهما التقاضى والاستيفاء لانه وصل اليهما بدل عملهما فصارا كالمضارب اذا كان فى المال ربح (وماهلك من مال المضاربة صرف الى الربح اولا) دون رأس المال لانه تابع ورأس المال اصل فينصرف الهالك الى التابع كما فى مال الزكوة الى العفو ابتداء (فان زاد) الهالك (على الربح لايضمن المضارب) لكونه امينا سواء كان من عمله اولا ويقبل قوله فى هلاكه وان لم يعلم ذلك كما قيل فى الوديعة وسواء كانت المضاربة صحيحة اوفاسدة فهى امانة عند الامام وعندهما ان كانت فاسدة فالمال مضمون كما فى المنح وهو قول الطحاوى لكن ظاهر الرواية عدم الضمان فى الكل كما قررناه فى قوله ولايضمن المال فيها (فان اقتسماه) اى المضارب والمالك (الربح وفسخت) المضاربة (ثم عقدت المضاربة جديدا (فهلك المال اوبعضه) فى يد المضارب (لايترادان) اى المضارب والمالك (الربح) المقسوم لان المضاربة الاولى قد انتهت وثبوت الثانية بعقد جديد فهلاك المال فى الثانى لايوجب انتقاض الاول كما لودفع اليه مالاآخر (وان اقتسماه من غير فسخ) ثم هلك المال كله او بعضه (ترادا) اى المضارب والمالك الربح المقسوم (حتى يتم رأس المال) لان الربح تابع فلايسلم بدون سلامة الاصل (فان فضل شئ) من الربح بعد مااستو فى رأس المال (اقتسماه) اى مافضل لانه ربح (وان لم يف) اى الربح ماهلك من رأس المال (فلاضمان على المضارب) لانه امين فيه

فصل

فى المتفرقات (ولاينفق المضارب من مالها) اى مال المضاربة (فى مصره) الذى ولد فيه (اوفى مصر اتخذه دارا) اى وطنا اذلا يحتبس فيه لعمل المضاربة بل يسكن فيه بالسكنى الاصلى عمل اولم يعمل قيد باتخذه وطنا لانه لونوى الاقامة فى مصر ولم يتخذه وطنا فنفقته من مال المضاربة (ولا)

ينفق (فى) المضاربة (الفاسدة) لانه اجير ولانفقة له (فان سافر) المضارب للتجارة فى المضاربة (فطعامه وشرابه من مالها) اى مال المضاربة لان النفقة تجب بسبب الاحتباس كنفقة القاضى والزوجة فاذا سافر صار محبوسا به فتجب مؤنته الراتبة فيه خلافا للشافعى (بالمعروف) اى بحيث لايعد مثل هذا الانفاق فى عرفهم اسرافا (وكذا كسوته) بالمعروف (وركوبه شراء واستيجارا) وعلف الدابة التى يركبها فى سفره وحوايجه والركوب بالفتح المركوب (وكذا اجرة خادمه) اى خابزه وطابخه وغاسل ثيابه وعامل مالا بدله منه اعتبارا لعادة التجار (وفراش ينام عليه وغسل ثيابه) مستدرك بقوله وخادمه الا ان يراد به ثمن مايغسل به مثل الحرص والصابون كما فى الكفاية (وكذا الدهن) بفتح الدال وسكون الهاء بمعنى الادهان (فى موضع يحتاج اليه فيه) الدهن كالحجاز وكذا اجرة الحمام والحلاق ودهن السراج والحطب وانما قلنا اعتبارا لعادة التجار لان غسل الثياب ونحوه ليس مما لابدله منه فكان ينبغى ان لايكون من مال المضاربة كاجرة الحمام ولكن فى عادة التجار لابدمنه ليزداد رغبات الناس فى معاملتهم ولايعدونهم فى عداد المفاليس (وضمن) المضارب (ماكان زائدا على العادة) لانتفاء الاذن (ونفقته) اى المضارب (فى مصره من ماله) لما مر انها جزاء الاحتباس هذا تصريح بما علم ضمنا فى قوله ولاينفق المضارب من مالها فى مصره فلو اقتصر لكان اخصر (كالدواء) فانه من ماله فى ظاهر الرواية لان الحاجة الى النفقة دائمة بخلاف الدواء لانه قد يعرض وقد لايعرض فلا يعد من جملة النفقة سواء كان فى السفر او الحضر فيكون من ماله كزوجة يكون دواؤها من مالها وعن الامام ان الدواء من مال المضاربة لانه لايتمكن من التجارة الابه فيصير كالنفقة (ويرد مابقى من كسوة وغيرها) كالطعام ونحوه (اذا قدم) من السفر الى مسكنه (الى رأس المال) لانتهاء الاستحقاق بانتهاء السفر (ومادون السفر كسوق المصر) فى كون نفقته فى ماله لافى مال المضاربة (ان امكنه ان يغدو ويبيت فى اهله) لان اهل السوق يتجرون فى اسواق المصر ويبيتون فى منازلهم مع ان ذهابهم وايابهم لمصالح انفسهم لالغير (والا) اى وان لم يمكنه ان يغدو ويبيت باهله (فكالسفر) فى كون نفقته فى مال المضاربة لافى مال نفسه لان ذهابه قد صار للمضاربة (يقينا وليس للمستبضع الانفاق من مالها) اى من مال البضاعة لانه كالوكيل فيكون متبرعا فلاتجب له النفقة (ويؤخذ ماانفقه المضارب من الربح اولا) يريد ان المضارب اذا انفق من مال المضاربة فربح يأخذ المالك من الربح مقدار ماانفقه المضارب من رأس المال ليكمل رأس المال (وما فضل) من الربح

(قسم) بينهما علي ماشرطا فتكون النفقة مصروفة الى الربح لا الى رأس المال وفيه اشارة الى انه ان لم يربح تجب النفقة من رأس المال كما في القرائد ولو انفق المضارب من ماله ثم هلك مال المضاربة لم يرجع على رب المال (وان سافر) المضارب (بماله ومال المضاربة) او خلط ماله بمال المضاربة باذن رب المال (او) سافر (بمالين لرجلين انفق بالحصة) اى توزع النفقة على قدر الحصص من المال (وان باع) المضارب (متاع المضاربة مرابحة يحسب ماانفقه) اى المضارب (عليه) اى على المتاع (من) اجرة (حمل ونحوه) مما جرت العادة بين التجار بضمه كاجرة السمسار والقصار والصباغ وقال قام على بكذا لان هذه الاشياء تزيد في القيمة وتعارف التجار الحاقها الى رأس المال في بيع المرابحة فلهذا قال في التنوير وكذا يضم الى رأس المال مايوجب زيادة فيه حقيقة اوحكما او اعتاده التجار وهذا هو الاصل كما في النهاية (لا) يحسب (نفقة نفسه) اى المضارب في سفره اذا باع مرابحة لانها لا تزيد في القيمة (ولو شرى مضارب بالنصف بالف المضاربة بزا وباعه) اى البز (بالفين واشترى بهما عبدا فضاعا) اى الالفان (في يده) اى المضارب (قبل نقدهما) اى الالفين (يغرم) المضارب (ربعهما) اى ربع الالفين وهو خمسمائة (و) يغرم (المالك الباقى) وهو الف وخمسمائة لان المال لما صار الفين ظهر الربح في المال وهو الف فكان بينهما نصفين فنصيب المضارب منه خمسمائة فاذا اشترى بالالفين عبدا صار مشتركا بينهما فربعه للمضارب وثلثة ارباعه للمالك ثم اذا ضاع الالفان قبل النقد كان عليهما ضمان ثمن العبد على قدر ملكهما في العبد فربعه على المضارب وثلثة ارباعه على المالك (وربع العبد للمضارب وباقيه) وهو ثلثة ارباعه (للمضاربة) لان نصيب المضارب خرج عن المضاربة لانه صار مضمونا عليه ومال المضاربة امانة وبينهما تناف ونصيب رب المال على المضاربة لعدم ماينافيها (ورأس المال) وهو جميع مادفع رب المال الى المضارب (الفان وخمسمائة) لانه دفع اليه مرة الفا واخرى الفا وخمسمائة (ولايبيعه) اى المضارب العبد (مرابحة الا على الفين) ولا يقول قام على بالفين وخمسمائة اذ الشراء وقع بالفين فلا تضم الوضيعة التي وقعت بسبب الهلاك في يد المضارب (فلو بيع) العبد المذكور بعد ذلك (باربعة آلاف فحصة المضاربة ثلاثة آلاف) بعد رفع المضارب حصته وهى الالف لانه لما ضمن ربع العبد كان ربعه ملكه خاصة فالالف ربعه لكون ثمنه اربعة آلاف ثم يرفع منها رأس المال وهو الفان وخمسمائة (والربح منها خمسمائة بينهما) اى بين المضارب والمالك فتكون حصة كل منهما خمسين

ومائتين (ولواشترى رب المال عبدا بخمسمائة فباعه من المضارب بالف لايبيعه) المضارب العبد (مرابحة الاعلى خمسمائة) ولايقول قام على بالف لان بيعه من المضارب كبيعه من نفسه لانه وكيله فيكون بيع ماله بماله فيكون كالمعدوم وكذا لوكان بالعكس بان اشترى المضارب عبدا بخمسمائة فباعه من رب المال بالف يبيعه مرابحة على خمسمائة لان البيع الجارى بينهما كالمعدوم (ولواشترى مضارب بالنصف بالف المضاربة عبدا يعدل) اى تساوى قيمته (الفين فقتل) ذلك العبد (رجلا) قتلا (خطاء) فامرابالدفع اوالفداء فاذادفعا العبد الى ولى المقتول انتهت المضاربة بهلاك مالهما بالدفع بلابدل وكذا ان فديا خرج العبد عن المضاربة اماخروج حصة المالك فلسلامة الحصة منه بضمان الفداء (فربع الفداء عليه) اى المضارب (وباقيه) وهوثلثة ارباعه (على المالك) لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدره وقدكان الملك بينهما ارباعا فكذا الفداء (واذا فدى) على بناء المجهول يعنى اذافديا صار العبد لهماولكن (خرج عن المضاربة) فبقى ارباعا (فيخدم المضارب يوما والمالك ثلاثة ايام) بحكم الاشتراك بينهماالانه بحكم الفداء كانهما اشترياه ولواختار رب المال الدفع واختار المضارب الفداء مع ذلك فله الفداء ثم اعلم ان العبد المشترى فى المضاربة اذاجنى خطاء لايدفعبها حتى يحضر المضارب والمالك سواء كان الارش مثل قيمة العبد اواقل اواكثر وكذا لوكانت قيمته الفا لاغير لايدفع الابحضرتهما والحاصل انه تشترط حضرة المالك والمضارب للدفع دون الفداء الااذا ابى المضارب الدفع والفداء وقيمته مثل رأس المال فلرب المال دفعه لتعنته فان كان احدهما غائبا وقيمة العبد القادر هم ففداه الحاضر كان متطوعا كما فى البحر وذكر قاضيخان أن المضارب ليس له الدفع والفداء وحده لانه ليس من أحكام المضاربة فهذا كان اليهما (ولواشترى بالف المضارب عبداوهلك الالف قبل نقده) اى قبل دفعه الى البايع (دفع المالك الثمن) يعنى الفا آخر (ثم) اذاجهز المالك الفاآخر ليدفعه وهلكت قبل النقد (يدفع اليه نقدا آخر) وثم كذلك الى مالايتناهى حتى يصل الثمن الى البايع لان هلاك الامانة كهلاكها فى يد المالك (وجميع مادفع) المالك من الالفين والثالثة والاكثر (رأس المال) لان المال فى يد المضارب امانة دون استيفاء لان حكم الامانة ينافيه وليس فيه تضييع حق رب المال لانه يلتحق برأس المال بخلاف الوكيل حيث لا يرجع عند هلاك الثمن بعدا شراء الامرة واحدة فان قبضه بعد الشراء استيفاء فيصير مضمونا عليه فلايرجع على الموكل مرة

اخرى (ولو كان مع المضارب الفان فقال) المضارب لرب المال (دفعت الى الفا وربحت الفا وقال المالك بل دفعت اليك الالفين فالقول للمضارب) وقال زفر القول لرب المال وهو قول الامام اولا لان المضارب يدعى الربح والشركة فيه ورب المال ينكره فالقول قول المنكر ثم رجع وقال القول قول المضارب وهو قولهما لانهما اختلفا فى المقبوض والقول فى مقداره للقابض ولو ضمينا اعتبارا بما لو انكر اصلا فان القول له (ولو اختلفا مع ذلك) اى مع الاختلاف فى رأس المال (فى قدر الربح فللمالك) اى فالقول لرب المال فى مقدار الربح فقط لان الربح يستحق بالشرط وهو مستفاد من جهته فايهما اقام البينة على ما ادعاه من فضل قبلت وان اقاماها فالبينة بينة رب المال فى دعواه الزيادة فى رأس المال والبينة بينة المضارب فى دعواه الزيادة فى الربح (ولو قال من معه الف قدر ربح فيها) الجملة حال او صفة الف (هى مضاربة زيد وقال زيد بل بضاعة) ابضعته لك (فالقول لزيد) لان من معه الف يدعى عليه تقويم عمله اوشرطا من جهته او الشركة فى ماله وهو ينكر فالقول قول المنكر (وكذا لو قال ذو اليد هى قرض وقال زيد) بل (بضاعة او وديعة او مضاربة) يكون القول لزيد وهو رب المال والبينة للذى فى يده المال لانه يدعى عليه تمليك الربح وهو ينكر ولو كان بالعكس بان ادعى رب المال القرض والمضارب المضاربة فالبينة بينة المضارب لان رب المال يدعى عليه الضمان وهو ينكر وايهما اقام البينة قبلت وان اقاماها فبينة رب المال اولى لانها مثبتة للضمان (ولو قال المضارب) لرب المال (اطلقت وقال المالك عينت) نوعا من التجارة (فالقول للمضارب) مع يمينه لان الاصل فيه العموم والاطلاق والتخصيص يصير لعارض الشرط وتقبل بينة من اقامها فان اقاماها فان وقتا وقتا قبل صاحبها يقضى بالمتأخرة وان لم يوقتا اووقتا على السواء او وقت احديهما دون الاخرى قضى ببينة رب المال كما فى البحر (ولو ادعى كل) اى كل واحد من رب المال والمضارب (نوعا) مغاير المايدعيه الاخر (فللمالك) اى القول للمالك مع يمينه لانهما اتفقا على التخصيص والاذن يستفاد من جهته والبينة للمضارب لاحتياجه الى نفى الضمان ولو وقت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير اولى لان آخر الشرطين ينقض الاول كما فى الهداية فان قلت ان البينة للاثبات لا للنفى واجيب بان اقامة البينة على صحة تصرفه ويلزمها نفى الضمان فاقام صاحب الهداية اللازم مقام الملزوم وفى المنح وان لم يوقت او وقتا على السواء اووقتت احديهما دون الاخرى فالبينة للمالك وان كان المالك يدعى العموم فالقول قوله قياسا واستحسانا كما فى الذخيرة

لاخفاء في اشتراكها مع ما قبلها في الحكم وهو الامانة وهي في اللغة مشتقه من الودع وهو مطلق الترك قال عليه السلام لينتهين اقوام عن ودعهم الجماعات اى عن تركها يقال له مودع بفتح الدال ولتاركها مودع بكسرها وفي الشريعة (الايداع تسليط المالك غيره على حفظ ماله) صريحا اودلالة لما قال في المحيط لوانفتق زق رجل فاخذه رجل ثم تركه ولم يكن المالك حاضرا يضمن لانه لما اخذه فقد التزم حفظه دلالة وان لم يأخذه ولم يدن منه لايضمن وان كان المالك حاضرا لا يضمن في الوجهين (والوديعة ما يترك عند الامين للحفظ) مالا كان اوغيره وركنها الايجاب صريحا كقوله اودعتك هذا المال اوكناية كما لوقال الرجل اعطني الف درهم اوقال رجل اعطيته فقال اعطيتك فهذا على الوديعة كما في المنح او فعلا كما لووضع ثوبه بين يدى رجل ولم يقل شيأ فهو ايداع امالوقال لم اقبله لم يضمن بالهلاك لان الدلالة لايعارض بالصريح والقبول من المودع صريحا قوله قبلتها ونحوه اودلالة كما لوسكت عندوضعه بين يديه لما قال في الخلاصة لو وضع كتابه عند قوم فذهبوا وتركوه ضمنوا اذا ضاع وان قام واحد بعد واحد ضمن الاخير لانه تعين للحفظ فتعين الضمان ولهذا لو وضع ثيابه بمرأى الثيابي كان ايداعا وان لم يتكلم ولايكون الحمامي مودعا مادام الثيابي حاضرا فان كان غائبا فالحمامي مودع ولو قال لصاحب الخان اين اربطها فقال هناك كان ايداعا وفي البزازية لبس ثوبا بمرأى الثيابي فظن الثيابي انه ثوبه فاذاهو ثوب الغير ضمن هو الاصح ولونام الحمامي وسرق الثوب ان نام قاعدا لايضمن وان مضطجعا يضمن وشرطها كون المال قابلا لاثبات اليد عليه حتى لواودع الطير الآبق في الهواء والمال الساقط في البحر لايصح وكون المودع مكلفا شرط لوجوب الحفظ عليه حتى لو اودع صبيا فاستهلكها لم يضمن ولوكان عبدا محجورا ضمن بعد العتق كما سيأتي ولوكانت الوديعة عبدا فقتله الصبي ضمن عاقلة الصبي قيمته وخير مولى العبد بين الدفع والفداء وحكمها وجوب الحفظ وصيرورة المال امانة في يده ووجوب ادائه عندطلب مالكه وشرعية الايداع بقوله تعالى ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها واداء الامانة لايكون الا بعدها وبالسنة لانه عليه السلام كان يودع ويستودع وبالاجماع على ان قبول الوديعة من باب الاعانة وهي مندوبة لقوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى وقوله عليه السلام والله في عون العبد مادام العبد في عون اخيه (وهى) اى الوديعة (امانة) الفرق بين الوديعة والامانة بالعموم والخصوص لان الوديعة خاصة والامانة عامة وحمل العام على الخاص

صحيح دون العكس كما يقال الانسان حيوان ولا يقال الحيوان انسان فالوديعة
هي الاستحفاظ قصدا والامانة مايقع في يده من غير قصد بان هبت الريح بثوب
انسان والقته في حجر غيره وفي الوديعة يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق وفي الامانة
لا يبرأ بعد الخلاف كما في النهاية والكفاية وقال يعقوب باشا وفيه كلام وهو انه اذا
اعتبر في احديهما القصد وفي الاخرى عدمه كان بينهما تباين لا عموم وخصوص
والاولى ان يقال والامانة قد تكون بغير قصد كما لا يخفى انتهى لكن يمكن الجواب بان
المراد بقوله والامانة مايقع في يده من غير قصد كونها بلا اعتبار قصد لا ان عدم القصد
معتبر فيها حتى يلزم التباين بل هي اعم من الوديعه لانها تكون بالقصد فقط والامانة
قد تكون بالقصد وبغيره تدبر وما في العناية من انه قد ذكرنا ان الوديعة في الاصطلاح
هو التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد والامانة اعم من ذلك فانها قد تكون بغير
عقد فيه كلام وهو ان الامانة مباينة للوديعة بهذا المعنى لا انها اعم منها لان التسليط
على الحفظ فعل المودع وهو المعنى والامانة عين من الاعيان فيكونان متباينين
والاولى ان يقول والوديعة ماتترك عند الامين كما في هذا المختصر (فلا يضمن)
اى لا يضمن المودع الوديعة بغير تعد (بالهلاك) سواء امكن التحرز عنه
او لا هلك معها للمودع شيء او لا لقوله عليه السلام ليس على المستودع غير المغل ضمان
ولان شرعيتها لحاجة الناس اليها ولو ضمنها المودع امتنع الناس عن قبولها وفي
ذلك تعطيل المصالح واشتراط الضمان على الامين باطل وبه يفتى كما في اكثر المعتبرات
واستثنى صاحب الدرر فقال الا ان يموت المودع مجهلا اى لم يبين حال الوديعة
فانه حينئذ يكون متعديا فيضمن وكذا الامناء اى كل امين مات مجهلا لحال الامانة
يضمن الا متوليا اخذ الغلة ى مات مجهلا وسلطانا اودع بعض الغانمين بعض
الوديعة ومات مجهلا اى بلا بيان المودع وقاضيا اودع مال اليتيم ومات مجهلا
بلا بيان المودع انتهى لكن الاولى الموافق لما في الخلاصة واودع بعض الغنيمة
بعض الناس لكن الانحصار على الثلثة لا يليق لان الوصي اذا مات مجهلا فلا
ضمان عليه وكذا الاب اذا مات مجهلا مال ابنه وكذا اذا مات الوارث مجهلا
ما اودعه عند مورثه وكذا اذا مات مجهلا لما القته الريح في بيته وكذا اذا مات
مجهلا لما وضعه مالكه في بيته بغير علمه وكذا اذا مات الصبي مجهلا لما اودع
عنده محجورا وكذا لو مات احد المتفاوضين ولم يبين حال المال الذي في يده
لم يضمن نصيب شريكه (وللمودع ان يحفظها) اى الوديعة (بنفسه)
في داره ومنزله وحانوته ولو اجارة او عارية (وعياله) من زوجته وولده ووالديه
واجيره المساكنة سواء كانوا في نفقته اولا وكذا لو حفظت الزوجة الوديعة
زوجها فضاعت لا تضمن الزوجة لانه ساكن معها بلا نفقة منها والمراد
من الاجير التلميذ الخاص الذي استأجره مسانهة اومشاهرة بشرط ان يكون

طعامه وكسوته عليه وولده الكبير ان كان في عياله دون الاجير المياومة وعند الشافعي واشهب المالكي يضمن بالدفع وشرط كون من في عياله امينا فلودفع الى زوجته وهي غير امينة وهو غير عالم بذلك اوتركها في بيته الذي فيه ودايع الناس وذهب فضاعت ضمن كما في الخلاصة (وله) اى للمودع (السفر بها) اى بالوديعة (عندعدم النهى) عن المالك (والخوف) على الوديعة بالاخراج بان كان الطريق امينا لايقصد احد بسوء غالبا ولوقصده يمكنه دفعه بنفسه او برفقته هذا عند الامام سواء كان له حمل ومؤنة اولا لان الامر مطلق فلا يتقيد بالمكان كما لايتقيد بالزمان واما اذاقال احفظها في هذا المصر ولا تخرجها منه فان كان سفراله بدمنه ضمن وان كان سفرا لابد منه ان كان في المصر من في عياله فكذلك لانه امكنه تركها في اهله والالم يضمن و يضمن لوسافر بها في البحر اجماعا (خلافا لهما فيماله حمل ومؤنة) لان الظاهر من حال صاحبها انه لايرضى به فيتقيد لكن قيل عند ابي يوسف اذا كان السفر بعيدا فليس له ذلك فيماله حمل ومؤنة وعند محمد ليس له السفر بها بعيدا كان او قريبا فيماله حمل ومؤنة وقال الشافعي ليس له ذلك في الوجهين (وان حفظها) اى المودع الوديعة (بغيرهم) اى بغير من في عياله فضاعت (ضمن) المودع اوذلك الغير كما في القهستاني لان صاحبها لم يرض بيدغيره والايدى تختلف في الامانة ولكن روى عن محمد ان المودع اذادفع الوديعة الى وكيله وليس في عياله اودفع الى امين من امنائه ممن يثق به في ماله وليس في عياله لايضمن وفي النهاية وعليه الفتوى ثم قال وعن هذا لم يشترط في التحفة في حفظ الوديعة بالعيال (الا اذا خاف) المودع (الحرق) بان وقعت نار العياذ بالله تعالى في داره فخاف هلاك الوديعة (او) خاف (الغرق) كذلك (فدفعها) اى الوديعة (الى جاره) في صورة الحرق (او) دفعها (الى سفينة اخرى) في صورة الغرق فضاعت لايضمن لانه لايمكنه ان يحفظها في هذه الحالة الابهذا الطريق فصار مأذونا فيه دلالة ولهذا قال في الخلاصة امرأة حضرتها الوفاة وعندها وديعة فدفعتها الى جارة لها فهلكت عندها ان لم يكن وقت وفاتها بحضرتها احد في عياله لايضمن وفي التبيين هذا اذالم يمكنه ان يدفعها الى من هو في عيالها وان امكنه ان يحفظها في ذلك الوقت بعياله فدفعها الى الاجنبي يضمن لانه لاضرورة له فيه وكذا لوالقاها في سفينة اخرى وهلكت قبل ان تستقر فيها بان وقعت في البحر ابتداء اوبالتدحرج يضمن لان الاتلاف حصل بفعله وفي المنح ان ادعى المودع التسليم الى جاره اوالى فلك آخر صدق ان علم وقوعه اى الغرق ببينة وان لم يعلم لايصدق

(فان طلبها) اى الوديعة (ربها فحبسها) اى حبس المودع الوديعة (و) الحال (هو قادر على تسليمها) اى الوديعة (صار غاصبا) فيضمن ان ضاعت لوجود التعدى بمنعه وهذا لانه لما طالبه لم يكن راضيا بامساكه بعده فيضمنها بحبسه عنه وفيه اشارة الى انه لو استردها فقال لم اقدر ان احضر هذه الساعة فتركها فهلكت لم يضمن لانه بالترك صار مودعا ابتداء والى انه لو استردها فقال اطلبها غدا فلما كان من الغد قال هلكت لم يضمن ان هلكت قبل قوله اطلبها كما فى القهستانى والى انه لو طلب وقت الفتنة ولم يردها خوفا على نفسه او على ماله بان كان مدفونا مع ماله لا يضمن كما فى شرح المجمع (وكذا) يضمن ان هلكت (لو طلبها) صاحبها (وجحده) اى جحد عند مالكها على حذف المضاف بقرينة مقابله وهو قوله بخلاف جحدها عند غيره (اياها) اى الوديعة بان قال لم تودعنى (وان) وصلية (اقر بعده) اى بعد الجحود لان بالطلب ارتفع عقد الوديعة فصار غاصبا بعده (بخلاف جحدها) اى الوديعة (عند غيره) اى غير المودع فانه لا يضمن وقال زفر يضمن لان بالجحود صار غاصبا فيضمن ولنا ان انكاره عند غيبة المالك كان لحفظ الوديعة خوفا عليها من طمع طامع فلا يكون موجبا للضمان بخلاف حضرته وفيه اشارة الى انه لو قال له ما حال وديعتى عندك ليشكر على حفظها فجحدها لا ضمان عليه والى ان المودع لو ادعى ان المالك وهبها منه او باعها له وانكر صاحبها ثم هلكت لا يضمن كما فى الخلاصة والى ان تكون الوديعة منقولا لانها لو كانت عقارا لا يضمن بالجحود عند الشيخين خلافا لمحمد كما فى التبيين وفى البحر هذا اذا نقلها من مكانها وقت الانكار لانه لو لم ينقلها من مكانها حال جحوده فهلكت لا ضمان عليه وقال صاحب المنح ولو جحد الوديعة ثم ادعى ردها بعد ذلك وبرهن على الرد قبل برهانه وبرئ منها قبل الجحود وقال غلطت فى الجحود او نسيت او ظننت انى دفعتها وانا صادق فى قولى لم يستودعنى فان بينته تقبل فى قول الشيخين وفى الاقضية لو قال لم يستودعنى ثم ادعى الرد والهلاك لا يصدق ولو قال ليس له على شئ ثم ادعى الرد او الهلاك يصدق وتمامه فيه فليطالع (وان خلطها) اى المودع الوديعة (بماله) بغير اذن المالك لانه ان خلطها باذنه كان شريكا فيها (بحيث لا يتميز فان) خلطها (بجنسها) كخلط الحنطة بالحنطة فى غير المايع واللبن باللبن فى المايع (ضمن) المودع لانه صار مستهلكا لها واذا ضمنها ملكها (وانقطع حق المالك منها) اى من الوديعة (فى المايع وغيره عند الامام) لكن قالوا لا يباح له التناول قبل اداء الضمان قيد بكون المودع هو الخالط لانه لو كان اجنبيا او من فى عياله لا يضمن المودع والضمان على الخالط صغيرا كان او كبيرا

ولا يضمن ابوه لاجله كما فى الخلاصة (وعندهما فى غير المايع للمالك ان يشركه ان شاء) لان هذا الخلط استهلاك من وجه دون وجه آخر اذ لم يتعذر وصول المالك الى عين ماله حكما بالقسمة اذا لقسمة فيما يكال او يوزن افراز معتبر شرعا وله ان الخلط استهلاك من كل وجه لتعذر وصول المالك الى عين ماله حقيقة فينقطع ملك المالك على المخلوط والقسمة ليست بموصلة الى عين حقه بل وسيلة الى الانقطاع ضرورة (وكذا) للمالك ان يشركه (فى المايع) ان شاء (عند محمد) لان الجنس لايغلب الجنس (وعند ابى يوسف يصير الاقل تابعا للاكثر فيه) اعتبارا للغالب اجزاء وفى التسهيل اعتراض فليطالع وعند الائمة الثلاثة فى الخلط بالجنس لايضمن (وان خلطها بغير جنسها) كبر بشعير وزيت بشيرج (ضمن المودع وانقطع حق المالك اجماعا) لان هذا استهلاك حقيقة فيوجب الضمان بالاجماع وفيه اشارة الى انه لو خلط على وجه تميز لم يضمن (وان اختلطت الوديعة بمال المودع (بلا صنعه) اى المودع (اشتركا) اى المودع والمودع (اجماعا) لان الضمان لايجب عليه الا بالتعدى ولم يوجد وكانت شركة ملك فالهالك من مالهما فلم يضمن (وان تعدى) المودع (فيها) اى الوديعة (بان كانت ثوبا فلبسه او دابة فركبها اوعبدا فاستخدمه) فهلكت (ضمن) لانه استهلاك معنى (فان ازال التعدى) بان ترك اللبس اوالركوب او الاستخدام سليما (زال الضمان) وعند الائمة الثلاثة لايزول لان حكم الوديعة ارتفع بالتعدى فلا يعود اليه الا بسبب جديد فلم يوجد فلا يبرأ عن الضمان ولنا ان الشئ انما يبطل بما ينافيه والاستعمال لا ينافى الايداع ولذا صح الامر بالحفظ مع الاستعمال ابتداء فاذا زال عاد حكم العقد وفى البحر انه يزول الضمان عنه بشرط ان لايعزم على العود الى التعدى حتى لو نزع ثوب الوديعة ليلا ومن عزمه ان يلبسه نهارا ثم سرق ليلا لايبرأ عن الضمان وفى المنح ان المودع اذا خالف فى الوديعة ثم عاد الى الوفاق انما يبرأ عن الضمان اذا صدقه المالك فى العود وان كذبه لايبرأ الا ان يقيم البينة على العود الى الوفاق (بخلاف المستعير والمستأجر) للعين اذا تعديا ثم ازالاه لايزول الضمان لان قبضهما كان لانفسهما لاستيفائهما المنافع عنها فبازالة التعدى عن العين لم يوجد الرد الى صاحبها بخلاف المودع فان يده يد المالك حكما لكونه عاملا له فى الحفظ خلافا لزفر اعتبارا بالوديعة (وكذا) زال الضمان (لو اودعها) اى الوديعة (ثم استردها) لما مر (ولو انفق) المودع (بعضها) اى الوديعة (فهلك الباقى ضمن ما انفق فقط) ولا يضمن كلها لان الضمان يجب بقدر الخيانة وقد خان فى البعض دون البعض ويعمل بقوله فى الانفاق بيمينه (وان رد مثله

وخلطه بالباقى ضمن الجميع) لانه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكا على الوجه الذى تقدم كما فى الهداية يعنى عند الامام وعندهما ان شاء شركه وان شاء يضمن وعند الائمة الثلاثة يضمن ما انفق فقط قيد بالانفاق ورد المثل لانه اذا اخذ بعض الوديعة لينفقه فى حاجته فرده الى موضعه ثم ضاعت فلا ضمان عليه وتمامه فى المنح فليراجع (ولو تصرف فيها) اى الوديعة (فربح يتصدق به) اى بالربح عند الطرفين (وعند ابى يوسف يطيب له) الربح اذا ادى الضمان او سلم عينها بان باعها ثم اشتراها ودفع الى مالكها ودليل الطرفين بين فى البيع (وان اودع اثنان من واحد شيئا لا يدفع) الواحد (الى احدهما) اى الى احد الاثنين (حصته بغيبة الآخر) فان دفع ضمن نصفه ان هلك عند الامام سواء كان مثليا او غير مثلى فى المختار لان هذا الدفع يوجب القسمة والمودع مأمور بالحفظ لا بالقسمة (خلافا لهما) فى المثلى لان معنى الافراز فيه غالب كما ان معنى المبادلة فى غير المثلى غالب ولذا لا يجوز له الدفع فيه ويجوز فى المثلى وفيه اشارة الى انه لا يجوز له الدفع حتى لو خاصمه الى القاضى لم يأمره بدفع نصيبه اليه فى قول الامام والى انه لو دفع اليه لا يكون قسمة اتفاقا حتى اذا هلك الباقى رجع صاحبه على الآخذ بحصته والى انه يأخذ حصته منها اذا ظفر بها والى انه لو دفع وارتكب الممنوع لا يضمن كما فى المنح (وان اودع واحد (عند اثنين ما يقسم) اى ما يمكن قسمته كالدراهم والدنانير (اقتسماه) المودعان (وحفظ كل) واحد منهما (حصته) لانه يمكن الاجتماع على حفظها وحفظ كل واحد منهما للنصف دلالة والثابت بالدلالة كالثابت بالنص (فان دفع احدهما كله الى الآخر ضمن الدافع) عند الامام وكذا المرتهنان والوكيلان بالشراء اذا سلم احدهما الى الاخر ما يمكن قسمته لان الاصل ان فعل الاثنين اذا اضيف الى ما يقبل التجزى تناول البعض لا الكل فاذا سلم احدهما الكل الى الآخر ولم يرض المالك به يضمن (لا) يضمن (القابض) لان مودع المودع لا يضمن عنده (وعندهما لكل) واحد منهما (حفظ الكل) اى كل الوديعة (باذن الآخر) لانه رضى بامانتهما فكان لكل واحد منهما ان يسلم الى الآخر ولا يضمنه (وان كان ما اودع عند الاثنين (مما لا يقسم) اى مما لا يمكن قسمته كالعبد او مما يتعيب بالقسمة كالثوب (حفظه) اى ما لا يقسم (احدهما باذن الآخر اجماعا) لان المالك رضى بثبوت يد كل واحد منهما على الانفراد فى الكل (وان نهى) اى نهى المالك المودع (عن دفعها) اى الوديعة (الى عياله) فدفع المودع (الى من نهاه و) كان (له منه بد) وعدم احتياج اليه كدفعه الخاتم الى

عبده مع انه له اهلا سواه (ضمن) ان هلك (وآن) دفعها (الى من لا بد) اى لا فراق له (منه كدفع الدابة الى عبده و) كدفع (شئ يحفظه النساء الى زوجته لا يضمن) ان هلك لان الوديعة مما يحفظ بيده او بايدى عياله فى بيته فنهى المالك يعتبر ان كان النهى مفيدا والا يعتبر الحفظ المطلوب كما لو قال لا تدفع الى فلان من عيالك ولم يكن له عيال سواه لم يصح نهيه لانه لا بد له من الدفع وان كان له عيال غيره فدفعه الى من نهى عن دفعها اليه ضمن وعند الائمة الثلثة لو كان الاخرون الاول يضمن والا فلا (وان امر) اى امر المالك المودع (بحفظها) اى الوديعة (فى بيت معين من دار) المودع (فحفظها فى غيره) اى حفظ المودع فى بيت آخر (منها) اى من هذه الدار وكانت بيوت الدار مستوية فى الحفظ (لا يضمن) المودع لانه لا يمكنه الحفظ مع مراعاة هذا الشرط فلم يكن مفيدا فلا يعتبر الشرط (الا ان كان فيه) اى فى البيت الآخر (خلل ظاهر) بان كانت الدر التى فيها البيتان عظيمة والبيت الذى نهاه عن الحفظ فيه مكشوف يتخوف منه فان الشرط معتبر حينئذ فيضمن لكون المعين احرز من الاخر (وان امر بحفظها فى دار فحفظ فى غيرها) اى فى غير تلك الدار (ضمن) لتفاوت الدارين فى الاغلب فيفيد امره (ولو اودع المودع) غيره (فهلكت) الوديعة (ضمن) المودع (الاول فقط) عند الامام لان الثانى قبض المال من يد امين اذ بالدفع لا يكون ضمينا ما لم يفارقه لحضور رأيه فاذا فارقه فقد ترك الحفظ اللازم بالتزام فيضمن بتركه والثانى مداوم على الحفظ ولم يوجد منه صنع فى هلاك المال فلا يلزمه الضمان (وعندهما) وعند الائمة الثلاثة (ضمن اياشاء) اى يخير المالك فى التضمين لان الاول خائن بالتسليم الى الثانى بغير اذن المالك والثانى متعد بقبضه بغير اذنه (فان ضمن) المالك المودع (الثانى رجع) اى الثانى (على الاول) لانه عامل له بامره فيرجع عليه بما لحقه من العهدة (لا) يرجع (بالعكس) اى ضمن المالك المودع الاول لا يرجع الاول على الثانى لانه ملك بالضمان فظهر انه اودع ملك نفسه (ولو اودع الغاصب) المغصوب عند غيره (ضمن) المغصوب منه (اياشاء) من الغاصب ومودعه (اجماعا) لان الثانى صار مثل الاول فى التلقى منه ابتداء لعدم اذن المالك فكذا بقاء ثم مودع الغاصب ان لم يعلم ان المودع غاصب فضمن رجع على الغاصب قولا واحدا وان علم فكذلك فى الظاهر وحكى ابو اليسر انه لا يرجع واليه اشار شمس الائمة (ولو اودع عند عبد محجور) لان العبد المأذون بأخذ الوديعة يضمن فى الحال اتفاقا (شيئا فاتلفه) اى اتلف العبد ذلك الشئ (ضمنه بعد عتقه) عند الطرفين (وان)

اودع (عنـد صبي) يعقل (فاتلفه فلاضمان اصلا) لاحالا ولابعـد البلوغ عندالطرفين لان المالك استحفظ من ليس باهل التزام الحفظ اماالصبي فلايصح التزامه اصلافصـار المـالك كأنه اذن باتلافه واما العبد فالتزامه لم يصح في حق المولى نظرا فلايضمن في الحال وصح في حق نفسه لكونه مكلفا فيضمن بعد العتق كما مر (وقال ابو يوسف يضمنان) اى العبد والصبي (للحال) فيبـاع العبدفيـه لان محجوريتهما في الاقوال فقط ولهذا لواستهلكا عينـا قبل الايداع يضمنان هذا باتلافهما امالو تلفت في ايديهما الايضمنان اتفاقا ولواتلفا مااودع عند الاب والمولى يضمنان اتفاقا وانما قلنا عندصبي يعقل لانه اذا كان لايعقل لايضمن اتفاقا كذا ذكره فخر الاسلام وغيره وفي المحيط ظن بعض مشايخنا ان الخلاف في صبي يعقل وليس الامر كما ظنوا بل الخلاف في كل واحد وعلى هذا الخلاف الاقراض والاعارة كما في شرح المجمع (وان دفع العبد الوديعة الى مثله) اى الى عبد محجور (فهلكت عندالثـانى (ضمن الاول) اى للمالك ان يضمن العبـدالدافع (بعـد العتق) فلايضمن الثـانى عندالامام لانه مودع المودع (وعنـدابى يوسف ضمن ايهما شاء للحال) اى يخير المـالك في التضمين لان الاول متلف بالدفع والثـانى متعد بقبضه بلااذن كما مر آنفا (وعنـد محمد ان ضمن الاول فبعـد العتق) لانه مع الامام في ايداع العبد المحجور (وان ضمن الثـانى فللحال) لان ضمانه ضمان فعل بقبضه ملك الغير بغيراذنه فلزمه في الحـال وفي شرح المجمع محل الخلاف اذا دفع العبد الاول الى الثانى فانه لو امر الاول الثانى بقبضه فقبضه وديعة وضاع ليس للمالك ان يضمن الاول قبل العتق اتفـاقا وفي رواية عن محمد ان الثـانى يضمن بعد العتق (ومن معه الف) درهم (فادعى كل) واحد من اثنين (ايداعها) الالف (عنـده) اى عند من (فنكل) عن الحلف (لهمـا) اى لكل واحد منهما على الانفراد بعدان استحلفاه (فهى) اى الالف (لهما) للاثنين (وضمن لهما) اى اثنين (مثلهـا) اى مثل الالف لان دعوا همـا صحيحة فيجبر على اليمين لهمـا فان حلف لهما فلاشئ لهما عليه لعدم الحجة وان حلف لاحدهمـا ونكل الآخر قضى به لمن نكل له دون الآخر لوجود الحجة في حقه دون الآخر وان نكل لهمـا قضى بينهما لعـدم الاولوية ثم يجب عليه الف اخرى لاقراره لهمـا وللقـاضى ان يبدأ ايهما شـاء بالتحليف والاولى القرعة وفي التحليف للثـانى يقول بالله ماهـذه العين له ولاقيمتها لانه لمـا اقربهـا للاول ثبت الحق فيهـا له فلايفيد اقراره بهـا للثـانى فلواقتصر على الاول لكان صادقا وفي البحر لو قال اودعنيها احدهما ولا ادرى ايهما فان اصطلحا على احدهما بينهما فلهمـا ذلك ولاضمـان عليه وليس له الامتناع من التسليم بعد الصلح والافان ادعاها

كل واحد اخذها ليس له ذلك لان المقر له مجهول ولكل ان يستحلفه فان حلف قطع دعواهما وان نكل فكمسئلة الكتاب وكذا لو قال على الف لهذا ولهذا وفي التنوير دفع الى رجل الفا وقال ادفعها اليوم الى فلان فلم يدفعها حتى ضاعت لم يضمن كما لو قال له اجل الى الوديعة فقال افعل ولم يفعل حتى مضى اليوم قال للمودع ادفع الوديعة الى فلان فقال دفعت وكذبه فلان وضاعت الوديعة صدق المودع مع يمينه قال لا ادرى كيف ذهبت لا يضمن على الاصح كما لو قال ذهبت ولا ادرى كيف ذهبت وفي المنح قال لا ادرى دفنت في دارى او في موضع آخر يضمن ولو لم يبين مكان الدفن لكنه سرقت الوديعة من المكان المدفون فيه لا يضمن وفي العدة اذا دفن الوديعه في الارض ان جعل هناك علامة لا يضمن والا ضمن وفي المفازة يضمن مطلقا والله اعلم

كتاب العارية

اخرها عن الوديعة لان فيها تمليكا وان اشتركا في الامانة هي مأخوذة من العرية وهي العطية المخصوصة بالاعيان ومستعملة في تلك المنافع ورده المطرزى وغيره بالمشتقات استعاره منه فاعاره واستعاره الشيء على حذف من وقيل هي منسوبة الى العار لان طلبها عيب وعار على ماقال الجوهرى وابن الاثير ورد الراغب وغيره بان العار يائى والعارية واوية على ماصرحوا انفسهم به وفي المغرب انها منسوبة الى العارة اسم من الاعارة وفي النهاية ان مافي المغرب هو المعول عليه لانه عليه السلام باشر الاستعارة فلو كان العار في طلبها لما باشرها وقيل هي في الاصل اسم موضوع بلانسبة كالدردى والكرسى وهى من التعاور وهو التناوب بلا تشديد فكانه يجعل للغير نوبة ولنفسه نوبة وقيل هي اسم العين المعار وشريعة (هى) اى العارية بمعنى الاعارة لا للعارية التى هى اسم لما اعير والا لم يصح حمل التمليك عليه (تمليك منفعة) من عين مع بقائها احترازعن قرض نحو الدراهم وعن البيع والهبة (بلا بدل) احتراز عن الاجارة وقال الكرخى هى اباحة الانتفاع بملك الغير لا تمليك المنفعة وهو قول الشافعى لانها تنعقد بلفظ الاباحة وتبطل بالنهى والتمليك لا يبطل به كالهبة والاجارة ولان المستعير لا يملك الاجارة من غيره ومن ملك المنافع ملك اجارتها ولان التمليك غير جائز مع الجهل بخلاف الاباحة اذ فيها لا يشترط ضرب المدة ولنا ان العارية تنبئ عن التمليك لكونها من العرية هى العطية من الثمار ولذا تنعقد بلفظ التمليك وانما انعقدت بلفظ الاباحة لانها استعيرت للتمليك بلا عوض كانعقاد الاجارة بلفظة الاباحة والنهى ليس ابطالا للملك بعد ثبوته بل يمنع عن التمليك لانه دليل

الرجوع والاسترداد وانما لايملك المستعير الاجارة لمافيها من الضرر بالمعير لانه ملك المستعير المنافع على وجه يتمكن من الاسترداد متى شاء فلو ملك المستعير الاجارة لم يتمكن المعير من ذلك والجهل فيها ليس بمضر لعدم الافضاء الى النزاع لجواز رجوع المعير فى كل ساعة ولحظة والمنافع قابلة للتمليك كما فى الوصية بخدمة العبد بضرب المدة وهى مشروعة بالكتاب والسنة والاجماع وانما اختلفوا فى كونها مستحبة وهو قول الاكثر اوواجبة وهو قول البعض وشرطها قابلية العين للانتفاع بها مع بقائها وسببها مامر من التعاضد المحتاج اليه المدنى بالطبع ومحاسنها النيابة عن الحق سبحانه فى اجابة المضطر لانها لاتكون الالمحتاج كالقرض فلهذا كانت الصدقة بعشرة والقرض بثمانية عشر (ولاتكون) العارية (الافيما ينتفع به مع بقاء عينه) اعلم ان الاعارة نوعان حقيقة ومجاز فالحقيقة اعارة الاعيان التى يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها كالثوب والدار والعبد والدابة والمجاز اعارة مالايمكن الانتفاع به الاباستهلاك عينه كالدراهم والدنانير وغيرهما من المكيلات والموزونات فتكون اعارة صورة وقرضا معنى وعن هذا قال (واعارة المكيل والموزون والمعدود قرض) لان الانتفاع بها انما يمكن باستهلاك عينها فاقتضى اعارتها تمليكها وذلك يكون بالهبة او القرض فيتعين لكونه ادنى ضررا لانه يوجب رد المثل (الا ان عين انتفاعا يمكن رد العين بعده) اى بعد الانتفاع كما لو استعار دراهم ليعاير بها ميزانا او ليزين بها دكانا صارت عارية لاقرضا (وتصح) العارية (باعرتك) اى جعلتها عارية لك لكونه صريحا فيها لكن فى المضمرات ان اركانها الايجاب والقبول وشرطها القبض (ومنحتك) هذا الثوب بمعنى اعطيتك لان هذا اذا اضيف الى ماينتفع به مع بقاء عينه فهو عارية اذ اصله اعطاء الشئ لآخر لينتفع به اياما ثم يرده فروعى اصله واذا اضيف الى مالاينتفع به مع بقاء عينه فهو هبة كالدراهم والدنانير والمطعوم والمشروب (واطعمتك ارضى) هذه لان الطعام اذا قارن الى مايطعم عينه كالبر يراد به تمليك عينه واذا قارن الى مالايطعم كالارض يراد به اخذ غلتها اطلاقا لاسم المحل على الحال (وحملتك على دابتى) هذه لانه يقال فى العرف حمل فلان فلانا على دابته اذا اعارها اياها واذا وهبه اياها فاذا نوى احدهما صحت نيته واذا لم ينو حمل على الادنى لئلا يلزم الاعلى بالشك ولان الحمل هو الاركاب حقيقة فكان عارية وفى الدرر وشرح المجمع كلام تتبع (واخدمتك عبدى) لانه اذن له فى الاستخدام وهو العارية (اذا لم يرد بذلك) اى بكل من الاطعام والحمل والاخدام (الهبة) فاذا نوى احدهما صحت نيته وان لم يكن له نية حمل على الادنى كما مر (ودارى لك سكنى) اى من جهة السكنى

لان داري مبتدأ ولك خبره وسكنى تمييز عن النسبة الى المخاطب لان قوله لك يحتمل تمليك العين والمنفعة وقوله سكنى محكم في المنفعة وهو معين للثاني بحكم التفسير فيكون عارية (اوداري لك عمري سكنى) فعمري مفعول مطلق لفعل محذوف تقديره اعمرتها لك عمري والعمري جعل الدار لاحد مدة عمره وسكنى تمييز وتخصيص للتنصيص على العارية (وللمعير الرجوع فيها) اى في العارية المطلقة او المقيدة (متى شاء) لعدم لزومها هذا اذا لم ينقلب اجارة والا فلا يرجع كما اذا استعار امة لترضع ابنه فارضعته فلما صار الصبي لا يأخذ ثدي غيرها فانه لا يسترد منها وعليه اجر مثل خادمته الى ان يفطم وكذا لو استعار من رجل فرسا ليغزو عليه فاعاره اياه اربعة اشهر ثم لقيه بعد شهرين في بلاد المسلمين فاراد اخذه كان له ذلك وان لقيه في بلاد الشرك في موضع لا يقدر على الكراء والشراء كان للمستعير ان لا يدفعه لان هذا ضرر بين وعلى المستعير اجر مثل الفرس من الموضع الذي طلب صاحبه الى ادنى الموضع الذي يجد فيه كراء اوشراء (ولو هلكت العارية (بلا تعد) من المستعير (فلا ضمان) ولو بشرط الضمان فانه شرط باطل كما في المحيط وفي التبيين والعارية اذا اشترط فيما الضمان يضمن عندنا في رواية صاحب الجوهرة جزم بان العارية تصير مضمونة بشرط الضمان ولم يقل في رواية وفي البزازية اعرني هذا على انه ان ضاع فانا ضامن وضاع لم يضمن انتهى وهذا اذا لم يتبين انها مستحقة للغير فان ظهر استحقاقها ضمنها ولا رجوع له على المعير لانه متبرع وللمستحق ان يضمن المعير واذا ضمنه لا رجوع له على المستعير ولا يملك والد الصغير اعارة مال ولده والعبد المأذون يملك ان يعير والمرأة اذا اعارت شيئا من ملك الزوج فهلك ان كان شيئا داخل البيت ومايكون في ايديهن عادة فلا ضمان على احد اما في الفرس والثور فيضمن المستعير او المرأة كما في البحر وقال الشافعي واحمد يضمن اذا هلكت في غير حالة الاستعمال لقوله عليه السلام العاريه مضمونه ولانه قبض لنفسه فصار كالمقبوض على سوم الشراء ولنا قوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ولانها امانه في يده سواء هلكت من استعماله اولا ومارواه محمول على ضمان الرد (ولا توجر العاريه) لانها دون الاجارة والشيء لا يستتبع فوقه (ولا ترهن) لان الرهن ايفاء وليس له ان يوفي دينه بمال غيره بغير اذنه وله ان يودع على المفتى به وهو المختار وصحح بعضهم عدمه كما في المنح (كالوديعة) اى كما لا توجر ولا ترهن الوديعة لانها امانه فلا يجوز التصرف فيها (فان آجرها) اى آجر المستعير العاريه (فتلفت) اى هلكت (العاريه ضمن ايهما شاء) اى المعير مخير ان شاء يضمن المستعير لانه صار غاصبا بتعديه او يضمن المستأجر لانه قبض ملك

المعير بغير اذنه (فان ضمن) اى المعير (الموجر) اى المستعير (لايرجع) بما غرمه (على احد) لانه بالضمان تبين انه آجر ملك نفسه و يتصدق بالاجرة عندهما خلافا لابى يوسف (وان ضمن المستأجر رجع على الموجر اى المستعير (ان لم يعلم) المستأجر (انه) اى ان ما استأجره (عارية) عند موجره وهو المستعير لكونه مغرورا من جهة موجره قيد به لانه ان علم لايرجع لان الموجر حينئذ لم يكن منه غرور وصار كالمستأجر من الغاصب اذا كان عالما بالغصب (وله) اى للمستعير (ان يعير) المعارة (ان كان مالا يختلف باختلاف المستعمل كالحمل على الدابة) والاستخدام والسكنى والزراعة وان شرط المالك ان ينتفع هو بنفسه لان التقييد فيما لا يختلف غير مفيد خلافا للشافعى لان العارية اباحة المنافع عنده فلا يملك اباحتها غيره ولنا انها تمليك المنافع فيملك ان يعيرها كما مر (لا ما يختلف) باختلاف المستعمل (كالركوب) اى ركوب الدابة ولبس الثوب (ان عين) المعير (مستعملا) لان المعير رضى بذلك المعين دون غيره لان ركوب العسكرى لايكون كركوب السوقى ولبس القصاب ليس كلبس البزاز (وان لم يعين) المعير مستعملا (جاز ايضا) كما يجوز ان يعير مالا يختلف باختلاف الاستعمال لانه تكون الاعارة مطلقة حينئذ (مالم يتعين) المنتفع بفعل المستعير (فان تعين) المنتفع بفعله (لايجوز له) ان يعيره وفرعه بقوله (فلو ركب هو) اى المستعير (ليس له) اى للمستعير (اركاب) غيره (وان اركب) المستعير (غيره فليس له ان يركب هو) يعنى من استعار دابة مطلقا كان له ان يحمل او يعير غيره للحمل و يركب بنفسه او يركب غيره وايا فعل من الحمل او حمل الغير من الركوب او الاركاب فقد تعين العمل فليس بعد حمله ان يحمل غيره ولا عكس هذا والا ضمن وكذا حكم الاركاب بعد الركوب وعكسه لتعين الركوب فى الاول والاركاب فى الثانى وهذا الذى ذكره اختيار فخر الاسلام وقال غيره له ان يركب بعد الاركاب و يركب بعد الركوب وهو اختيار شمس الائمة السرخسى وشيخ الاسلام كما فى العناية (وان قيدت) الاعارة (بنوع اووقت) اى قيد المعير العارية بنوع من الانتفاع بان شرط ان ينتفع هو بنفسه او فلان معين او قيدها بوقت معين بشهر او جمعة مثلا (او بهما) اى قيدها بالنوع والوقت جميعا (ضمن) المستعير (بالخلاف) فى واحد منها (الى شر فقط) فلم يضمن بالخلاف الى مثل او خير كما اذا قال له احمل على هذه الدابة هذه الحنطة كان له ان يحمل عليها مثلها او دونها فى الضرر كحمل مثل الحنطة شعيرا لان الاذن بالشئ اذن بما يساويه و بما هو خير منه وهذا استحسان والقياس يضمن لانه مخالف فان عند اختلاف الجنس لاتعتبر المنفعة

والضرر بخلاف مالوقال احمل عليهـا عشرة اقفزة شعير فحمل عليها عشرة اقفزة برلان المعير لم يرض بالشئ الثقيل فيضمن لوجود التعدى (وان اطلق) المعير الانتفاع (فيهما) اى فى النوع والوقت (فله) اى للمستعير (الانتفاع باى نوع شاء فى اى وقت شاء) عملا بالاطلاق واختلفوا فى ايداع المستعير فقال جماعة منهم الكرخى ليس له ذلك قال الباقلانى هذا القول اصح واكثرهم على ان له ذلك منهم مشايخ العراق وابو الليث وابو بكر محمد بن الفضـل و برهان الائمة قال ظهيـر الدين وعليه الفتوى وفى المنح وجعل الفتوى فى السراجيـة ايضـا لكن فى الصيرفيـة ان القول بان العارية تودع اولا تودع محله اذا كان المستعير تملك الاعارة اما فيما لا يملكهـا فلا يملك الايداع وان اختلفا فيما حمل على الدابة وفى مسافة الركوب والحمل او فى الوقت فالقول فى ذلك كله للمعير مع يمينه (وتصح اعارة الارض للبناء اوالغرس) اى غرس الشجر لان منفعتها معلومة وتجوز اجارتهـا فكذا اعارتها بل اولى لكونها تبرعا (وله) اى للمعير (ان يرجع) عن العارية بعد ان بنى المستعير اوغرس (متى شـاء) لانها غير لازمة (و يكلفه) اى المعير المستعير (قلعهما) اى قلع البناء اوالغرس عن الارض لانه شـغل ارض المعير بهما فيؤمر بتفريغه الا اذا شـاء ان يأخذهما بقيمتهما فيما اذا كانت الارض تستضر بالقلع بخلاف ما اذا كانت لاتستضر بالقلع حيث لايجوز الترك الا باتفاقهما كما فى التبيين (ولا يضمن) المعير مانقص من البناء والغرس بسبب القلع (ان لم يوقت) العارية اذا لمستعير بنى وغرس فى محل كان لغيره حق الرجوع فاغتر بنفسه اعتمادا على الاطلاق من غير ان يسبق من المعير وعد (وان وقت) المعير وقتا معينا (ورجع قبـله) اى قبـل الوقت الـذى عينه (كره له) اى للمعير (ذلك) الرجوع لما فيه من خلف الوعد (وضمن) المعير للمستعير (مانقص) من البناء والغرس (بالقلع) بان يقوم قائما غـير مقلوع يعنى اذا كانت قيمة البناء الى الوقت المضروب عشرة دنانير مثلا واذا قلع فى الحال يكون قيمة النقص دينارين يرجع المستعير على المعير بثمانية دينار لان المعير غره بالتوقيت وقال زفر لايضمن لان التوقيت والاطلاق فيها سواء لبطلان التأجيل فى العوارى (وقيـل يضمن) المعير (قيمتـه) اى قيمة البناء اوالغرس ذكره الحاكم الشـهيد (و يتملكه) اى المعيـر البناء اوالغرس الا ان يشـاء المستعير ان يرفعهمـا ولا يضمنه قيمتهمـا فيكون له ذلك لانه ملكه قالوا اذا كان فى القلع ضرر بالارض فالخيار الى رب الارض كما فى الهداية وعن هذا قال (وللمستعير قلعـه) اى البناء اوالغرس (بلا تضمين ان لم تنقص الارض به) اى بالقلع (كثيرا وعند ذلك) اى عند نقصـان الارض كثيرا بالقلع (الخيار للمالك)

بين ضمان نقصانهما وضمان قيمتهما لا للمستعير لانه صاحب اصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل كما فى الهداية وفى المحيط يضمن المعير قيمة البناء والاشجار قائمة على الارض غير مقلوعة منقوضة وان شاء المستعير قلع غرسه و بناءه ولا يضمنه اذا لم يضر بالارض وان كان القلع يضر بالارض لا يقلع الا برضاء صاحبها ويضمن له قيمته مقلوعا انتهى وظاهره مع ماقبله ان القلع اذا لم يضر بالارض كان الخيار للمستعير بين قلعه و بين تضمين جميع القيمة وهو مخالف لما فى المختصر والكنز حيث جعلاله تضمين مانقصه القلع لا تضمين جميع القيمة كما فى المنح (وان اعارها) اى الارض (للزرع لا تؤخذ منه) اى من المستعير استحسانا لان التضرير بالمؤمن حرام (حتى يحصد) الزرع بل يترك فى يده بطريق الاجارة باجر المثل كيلا تفوت منفعة ارضه مجانا (وقت) المعير (اولا) يوقت لان للزرع نهاية معلومة فكان فى الترك مراعاة الحقين وايضا فى القلع ابطال ملك المستعير وفى الترك تأخير حق تصرف المعير فيها والاول اشد ضررا فيصير الى الثانى (واجرة رد المستعار و) اجرة رد (المستأجر والوديعة والرهن والمغصوب على المستعير والموجر والمودع والمرتهن والغاصب) اما المستعار فلان رده على المستعير لانه قبض العارية لمنفعة نفسه فتكون اجرة الرد عليه واما المستأجر فلانه مقبوض لمنفعة الموجر لان الآجر سلمه فلا يكون رده واجبا على المستأجر بل على الموجر فتكون مؤنة رده عليه واما الوديعة فلان منفعة حفظها عائدة له فكانت مؤنة ردها عليه واما الرهن فلان قبضه قبض استيفاء فكان قابضا لنفسه واما المغصوب فلان الغاصب يجب عليه رد العين المغصوبة الى يد مالكها كما كانت فتكون عليه مؤنة ردها وفى عمدة الفتاوى نفقة العبد المستعار على المستعير وكسوته على المعير (واذا رد المستعير الدابة) المستعارة (الى اصطبل ربها) اى صاحب الدابة (او) رد (العبد) المستعار (او الثوب) المستعار (الى دار مالكه برئ) عن الضمان اذا هلكت الدابة او هلك العبد او الثوب استحسانا والقياس ان لا يبرأ لانه لم يردهم الى اصحابهم وانما ضيعهم تضييعا وهو قول الائمة الثلاثة وجه الاستحسان انه اتى بالتسليم المتعارف وهو المعول عليه (بخلاف الغصب والوديعة) فان الغاصب لا يبرأ الا بتسليم العين المغصوبة الى المالك لانه متعد باثبات يده فيها فلا تكون ازالتها الا بالتسليم اليه حقيقة واما المودع فلا يبرأ ايضا الا بتسليم الوديعة الى مالكها لانها للحفظ ولم يرض بحفظ غيره اذ لو رضى به لما اودعها عنده (وان رد المستعير الدابة مع عبده او اجيره مشاهرة او مسانهة برئ) اذا هلكت قبل الوصول الى المالك لانه من عيال المستعير وله ردها بيد من فى عياله (وكذا ان ردها)

الدابة (مع اجير ربها) اى رب الدابة مشاهرة اومسانهة (او) مع (عبده) اى رب الدابة برئ عن الضمان اذاهلكت استحسانا والقياس ان لايبرأ الابالتسليم الى صاحبها كما ذكرناه آنفا هذا فى زمانهم واما فى زماننا فلايبرأ الابالتسليم الى يد صاحبها كما فى التمني (يقوم) حال من اجير وعبده لاصفته لان الجملة نكرة (على الدابة اولايقوم) وهو الصحيح لان الدابة وان لم تكن فى يده دائما الا انها تدفع اليه فى بعض الاوقات فيكون رضى المالك بدفعها اليه موجودا (بخلاف الاجنبى والاجير مياومة) فانه اذا ردها مع الاجنبى اوالاجير مياومة لايبرأ لانه لايعدمن العيال فلارضى المالك به فيضمن ان هلكت قبل الوصول (و) بخلاف (رد شئ نفيس) كعقد اللآلى (الى دار مالكه) فانه ان هلك قبل القبض يلزم الضمان لان هذا لايعد تسليما فى العرف (ويكتب مستعير الارض للزراعة قد اطعمتنى ارضك لااعرتنى) اى اذااعيرت الارض للزراعة واراد المستعير ان يكتب كتابا يكتب انك قداطعمتنى ارضك ولايكتب قداعرتنى عند الامام لان لفظ الاطعام ادل على الزراعة لان عين الارض لايطعم وانما يطعم مايحصل منها بخلاف الاعارة فيها لانها تكون للبناء (خلافا لهما) فان عندهما يكتب الاعارة لان لفظ الاعارة موضوع لهذا العقد والكتابة بالموضوع اولى واذا اعيرت الارض سكنى لاللزراعة يكتب انك اعرتنى ارضك بالاتفاق وفى التنوير ادعى ايصال الامانة الى مستحقها قبل قوله كالمودع ادعى الرد والوكيل والناظر سواء كان فى حيوة مستحقها او بعد موته الا فى الوكيل بقبض الدين اذا ادعى بعد موت الموكل انه قبضه ودفع له فى حيوته لم يقبل الا ببينة بخلاف الوكيل بقبض العين

كتاب الهبة

وجه المناسبة بين ماقبلها وبينها ظ لان ماقبلها تمليك المنفعة بلاعوض وهى تمليك العين كذلك وهى لغة التفضل على الغير بما ينفعه ولو غير مال كقوله تعالى يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور وفى العناية انها فى اللغة عبارة عن ايصال الشئ الى الغير بما ينفعه قال الله تعالى فهب لى من لدنك وليا انتهى وهو يرجع الى المعنى الاول وتعدى اما باللام نحو وهبته له وحكى ابو عمرو وهبتكه كما فى القاموس وقالوا بحذف اللام منه واما بمن نحو وهبته منك على ماجاء به فى احاديث كثيرة فى الصحيح كما فى دقايق النووى فطن من المطرزى انه خطاء ومن التفتازانى انه عبارة الفقهاء كما فى القهستانى وفى الشريعة (هى تمليك

عين بلا عوض) هذا تعريف للهبة المحضة العارية عن شرط العوض فان الهبة بشرط العوض بيع انتهاء تثبت الشفعة والخيار كما سيأتي فلا ينتقض التعريف بالهبة بشرط العوض فعلى هذا لا يلزم ما ارتكبه صاحب الدرر واعتراض بعض عليه تدبر والمراد بالعين عين المال لا العين المطلق بقرينة التمليك المضاف اليه لان العين الذي ليس بمال لا يفيد الملك وكذا المراد بالتمليك هو التمليك في الحال لان قوله وهبت لانشاء الهبة حالا كبعت فلا حاجة الى قول من قال هي تمليك مال للحال للاحتراز عن الوصية ولان العين قد لا يكون مالا تدبر فخرجت عن هذا التعريف الاباحة والعارية والاجارة والبيع وهبة الدين ممن عليه الدين فان عقد الهبة اسقاط وان كان بلفظ الهبة وهي امر مندوب وصنيع محمود محبوب قال صلى الله تعالى عليه وسلم تهادوا تحابوا وقبولها سنة فانه عليه السلام قبل هدية العبد وقال في حديث البريرة هو لها صدقة ولنا هدية وقال عليه السلام لو اهدى الى طعام لقبلت ولو دعيت الى كراع لاجبت واليها اى الاجابة الاشارة بقوله تعالى فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا اى سرور مريئا اى رضيا على الاكل وهي نوعان تمليك واسقاط وعليها الاجماع كما في الاختيار وسببها ارادة الخير للواهب دنيوى كالعوض وحسن الثناء والمحبة من الموهوب له واخروى قال الامام ابو منصور يجب على المؤمن ان يعلم ولده الجود والاحسان كما يجب عليه ان يعلمه التوحيد والايمان اذ حب الدنيا رأس كل خطيئة كما في النهاية وشرائط صحتها في الواهب العقل والبلوغ والملك وفي الموهوب ان يكون مقبوضا غير مشاع مميزا غير مشغول وحكمها ثبوت الملك في العين الموهوبة غير لازم وعدم صحة خيار الشرط فيها وانها لا تبطل بالشروط الفاسدة كما سيأتي وركنها هو الايجاب والقبول وعن هذا قال (وتصح) الهبة (بايجاب وقبول) على ما في الكافي وغيره لانها عقد وقيام العقد بالايجاب والقبول وانما حنث بمجرد الايجاب فيما اذا حلف لا يهب فوهب ولم يقبل لان الغرض عدم اظهار الجود وقد وجد الاظهار لكن ذكر في الكرماني ان الايجاب في الهبة عقد تام والقبول ليس بركن كما اشار اليه في الخلاصة وغيرها وفي المبسوط القبض كالقبول في البيع ولذا لو وهب الدين من الغريم لم يفتقر الى القبول وفي القهستاني واهل الحق هذا قال في التأويلات التصريح بالهبة غير لازم ولذا قال اصحابنا لو وضع ماله في طريق ليكون ملكا للرافع جاز انتهى لكن في الجواهر ان الرجل كما يكون بالتصريح يكون بالدلالة فيكون اخذه قبولا دلالة (وتتم) الهبة (بالقبض الكامل) ولو كان الموهوب شاغلا لملك الواهب لا مشغولا به لقوله عليه السلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة

والمراد هنا نفى الملك لا الجواز لان جوازها بدون القبض ثابت خلافا لمالك فان عنده ليس القبض بشرط الهبة قال صاحب المنح هبة الشاغل تجوز وهبة المشغول لاتجوز والاصل فى جنس هذه المسائل ان اشتغال الموهوب بملك الواهب يمنع تمام الهبة ماله وهب جرابا فيه طعام لاتجوز ولو وهب طعاما فى جراب جازت واشتغال الموهوب بملك غير الواهب هل يمنع تمام الهبة ذكر صاحب المحيط انه لايمنع فانه قال اعار دارا من انسان ثم ان المستعير غصب متاعا ووضعه فى الدار ثم وهب المعير الدار من المستعير صحت الهبة فى الدار وكذلك لوان المعير هو الذى غصب المتاع ووضعه فى الدار ثم وهب المعير من المستعير كانت الهبة تامة وتمامه فيه فليراجع وفى الخانية رجل وهب دارا وسلم وفيها متاع الواهب لاتجوز لان الموهوب مشغول بماليس بهبة فلايصح التسليم ولو وهبت امرأة دارها من زوجها وهى ساكنة فيها وزوجها ايضا ساكن فيها جازت الهبة و يصير الزوج قابضا للدار لان المرأة ومتاعها فى يد الزوج فصح التسليم وفى الخلاصة رجل وهب لابنه الصغير دارا والدار مشغولة بمتاع الواهب جازت ولو تصدق بدار على ابنه الصغير والاب ساكنها لاتجوز عند الامام وعندهما تجوز وعليه الفتوى والمراد بالقبض الكامل فى المنقول ماهو المناسب وفى العقار ايضا ماياسبه فاخذ مفتاح الدار الموهوبة قبض لها بخلاف مالو وهب ثيابا فى صندوق مقفل ورفع الصندوق لايكون قبضا فلاتتم الهبة وفى الفصولين هبة المريض تبطل بموته قبل التسليم اذ الهبة فى المرض ولو كانت وصية حتى تعتبر من الثلث لكنها هبة حقيقة فلابد من القبض ولم يوجد (فان قبض) الموهوب (فى المجلس) اى مجلس الهبة (بلا اذن) صريح من الواهب (صح) استحسانا والقياس ان لايجوز وهو قول الشافعى لانه تصرف فى ملك الغير ولايجوز الا باذنه وجه الاستحسان ان القبض كالقبول فى الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض (و بعده) اى بعد المجلس اراد به بعد الافتراق (لابد من الاذن) الصريح فلايصح القبض بعد الافتراق بلا اذن صريح لانا اثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس لان الدلالة لا تعمل بمقابلة الصريح فلهذا لو نهاه عن القبض لايصح قبضه لافى المجلس ولابعده وفى القهستانى والحاصل انه اذا اذن بالقبض صريحا يصح قبضه فى المجلس و بعده ويملكه قياسا واستحسانا ولو نهى عن القبض بعد الهبة لايصح القبض لافى المجلس ولابعده ولا يملكه قياسا ولولم يأذن له بالقبض ولم ينه عنه ان قبض فى المجلس صح القبض استحسانا لاقياسا وان قبض

بعد المجلس لايصح القبض قياسا واستحسانا ولو كان الموهوب غائبا فذهب
وقبض فان كان القبض باذن الواهب جازا استحسانا لاقياسا وان كان بغير اذنه
لايجوز هذا لكنه مخالف لما ذكرنا من التأويلات انتهى لكن يمكن التوفيق
بان وضع ماله فى طريق ليكون ملكا للرافع اذن بالقبض دلالة فيجوز فلامخالفة
اصلا تدبر (وتنعقد) الهبة (بوهبت) اى بقوله وهبت لانه صريح
وفى الفرائد قال المص اولا ويصح بايجاب وقبول مال الى ان ركن الهبة الايجاب
والقبول ثم قال وتنعقد بوهبت الى آخره ومال الى ان ركن الهبة الايجاب فقط
كما ان صاحب الهداية فعل كذلك لكن يمكن الجواب بان المص بين اولا الركن
فقال بالايجاب والقبول ثم اراد ان يبين الفاظ الايجاب فقال وتنعقد بوهبت الخ
فلايلزم ماقاله صاحب الفرائد تدبر (ونحلت) لكثرة استعماله فيه
(واعطيت واطعمتك هذا الطعام) لان الاطعام اذانسب الى مايطعم
عينه يكون هبة كما مر اطلقه فشمل ماذا كان على وجه المزاح كما فى الخلاصة
وغيرها ولوقال هبنى هذا الشئ على وجه المزاح فقال وهبت وسلم اليه جاز
وعن ابن المبارك انه مر على قوم يضربون الطنبور فقال لهم هبوا هذا منى
فدفعوه اليه فضرب به الارض فكسره فقالوا ياشيخ خدعتنا انتهى وشمل
مالوقال لقوم قدوهب جارية هذه لاحدكم فليأخذها من شاء فاخذها رجل
منهم ملكها كما فى الخانية وكذا بقوله اذنت للناس جميعا فى تمر نخلى من اخذ
منه شيأ فهوله فبلغ الناس فمن اخذ شيأ يملكه كما نقله صاحب البحر عن المنتقى
ثم قال وظاهره ان من اخذ منه ولم تبلغه مقالة الواهب لايكون له كما لايخفى
انتهى لكن مخالف لما مر آنفا من انه لووضع ماله فى طريق ليكون ملكا للرافع
جاز لانه مطلق سواء بلغته المقالة اولا تأمل (وكسوتك هذا الثوب)
لان الكسوة يراد بها التمليك وفى الخلاصة لودفع الى رجل ثوبا وقال البس
نفسك ففعل يكون هبة ولودفع اليه دراهم قال الفقهاء يكون قرضا
(واعمرتك هذا الشئ) لقوله عليه السلام من اعمر عمرى فهو للمعمر له ولورثته
من بعده ولان العمرى تمليك للحال فتثبت الهبة ويبطل ما اقتضاه من شرط
الرجوع ولذا لوشرط الرجوع صريحا يبطل شرطه ايضا كما لوقال وهبتك
هذا العبد حياتك اوحياته اواعمرتك دارى هذه حياتك اواعطيتها حياتك
اووهبت هذا العبد حياتك فاذا مت فهولى واذا مت فهو لورثتى فهذا تمليك
صحيح وشرطه باطل (وجعلته لك عمرى) لان اللام فيه للتمليك فصار كانه
قال ملكتك هذا الشئ الى آخر عمرى (ودارى لك) حال كونها (هبة
تسكنها) لان اللام فى لك للتمليك ظاهر اوقوله تسكنها مشورة وتنبيه على

المقصود وليس بتفسير فصار نظير قوله هذا الطعام لك تأكله (وبنيتها) اى بنية الهبة (فى حملانك على هذه الدابة) لان الحمل يستعمل فى الهبة مجازا فيحمل عليها عند النية كما مر فى العارية (وان قال دارى لك) حال كونها (هبة سكنى) لما مر ان سكنى تمييز فيصير تفسيرا لما قبله لكونه محكما فى تمليك المنفعة فتكون عارية (او) دارى لك حال كونها (سكنى هبة) لان فى هذا تمليك منفعة (او) دارى لك حال كونها (نحلى) على وزن حبلى العطية (سكنى) فتقديره نحلتها نحلة سكنى فسكنى برفع الابهام (او) دارى لك حال كونها (سكنى صدقة) فسكنى يقرر تمليك المنفعة (او) دارى لك حال كونها (صدقة عارية) لان العارية تمييز فيصير تفسير الماقبله (او) دارى لك (عارية هبة) اى دارى لك بطريق العارية حال كون منافعها هبة لك لان قول العارية صريح فى تمليك المنفعة (فعارية) اى فجميع هذه العبارات تكون عارية لا هبة (وتصح هبة مشاع لا يحتمل القسمة) اى ليس من شانه ان يقسم بمعنى لا يبقى منتفعا به بعد القسمة اصلا كعبد ودابة او لا يبقى منتفعا به بعد القسمة من جنس الانتفاع الذى كان قبل القسمة كالبيت الصغير والحمام (لا) اى لا تصح هبة (ما) اى مشاع (يحتملها) اى القسمة على وجه ينتفع به بعد القسمة كما قبلها كالارض والثوب والدار ونحو ذلك ولو كانت الهبة لشريك الواهب لان القبض فى الهبة منصوص عليه فيشترط كماله والمشاع لا يقبل القبض الا بضم غيره اليه وذلك غير موهوب فلم يوجد القبض الكامل فاكتفى بالقبض القاصر ضرورة ولا يجوز فيما يحتمل القسمة خلافا للبيع فانه جائز فيهما وقالت الائمة الثلاثة الهبة عقد تمليك فتجوز فى المشاع وغيره كالبيع بانواعه واراد المص بالشيوع المانع الشيوع المقارن للعقد لا الطارى كان يرجع الواهب فى بعض الهبة شايعا فانه لا يفسدها اما الاستحقاق فيفسد الكل لانه مقارن لاطار قيد بالهبة لان الرهن يبطله الشيوع الطارى كالمقارن كما فى البحر وفى الدرر اعتراض على صدر الشريعة فى هذا المحل فليراجع (فان قسم) اى افرز الجزء الموهوب المشاع (وسلم) الى الموهوب له (صح) العقد لحصول الشرط بعد رفع الشيوع وهو كمال الشيوع ولو سلمه شايعا حتى لا ينفذ تصرفه فيه ويكون مضمونا عليه وينفذ فيه تصرف الواهب كما فى الدرر وفى المنح هبة المشاع اذا فسدت لا تفيد الملك وان قبض الجملة روى ذلك عن ابى يوسف وهو الصحيح وفى الخلاصة الهبة الفاسدة مضمونة بالقبض ولا يثبت الملك للموهوب له بالقبض هو المختار وفى جامع الفصولين والبزازية ان الهبة الفاسدة تفيد الملك بالقبض وبه يفتى فقد اختلف التصحيح لكن لفظ الفتوى آكد من لفظ التصحيح كما افاده فى بعض المعتبرات (ولا تصح هبة دقيق فى بر) هبة (دهن فى سمسم

وسمن فى لبن وان) وصلية (طحن البر او استخرج الدهن) من السمسم والسمن من اللبن (وسلم) لان الموهوب معدوم وقت الهبة والمعدوم ليس بمحل للملك بخلاف المشاع اذ هو محل له حيث كان موجودا وقت العقد الا انه يتوقف على القسمة والتسليم وذلك لا ينافى العقد (وهبة لبن فى ضرع وصوف على غنم وزرع فى ارض وتمر فى نخل كهبة المشاع) لان امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالشايع حتى اذا فصلت هذه الاشياء عن ملك الواهب وسلمت صحت بخلاف مالو وهب الحمل وسلمه بعد الولادة لا تجوز لان فى وجوده احتمالا فصار كالمعدوم وفى الكافى لو وهب زرعا فى ارض وتمرا فى شجر وامره بالحصاد والجذاذ جاز استحسانا ويجعل كأنه وهبه بعد الحصاد والجذاذ (وهبة شىء هو فى يد الموهوب له تتم بلا تجديد قبض) لتحقق شرط الهبة وهو القبض لان القبض الواجب بالهبة قبض امانة فينوب عنه كل قبض بخلاف مااذا باعه منه لان القبض فيه مضمون فلا ينوب عنه قبض امانة فيلزمه قبض جديد وفى اطلاقه شامل لما اذا كانت فى يده امانة او مضمونة ولو وديعة كأنه بعد الهبة لم يكن عاملا للمالك فاعتبرت يد الحقيقة (وهبة الاب لطفله تتم بالعقد) لانه فى قبض الاب فينوب عن قبض الصغير لانه وليه (ان كان الموهوب فى يد الاب) فلا يحتاج الى قبض جديد سواء كان فى عياله اولا لكن يلزم الاشهاد وعليه الاحتياط والتحرز عن جحود سائر الورثة بعد موته (او فى يد مودعه) لان يد المودع كيد المالك (لا ان كان) الموهوب (فى يد غاصب) اى لو غصب عبده مثلا غاصب فوهب لابنه الصغير وهو فى يد الغاصب لا تتم الهبة بمجرد العقد لانه ليس فى يد الاب حقيقة وحكما لكونه مضمونا والضمان انما يكون بتفويت اليد (او فى يد مبتاع بيعا فاسدا) اى لو باعه بيعا فاسدا وسلم ثم وهبه لابنه الصغير لا تجوز (او فى يد متهب) معناه لو وهب لآخر بلا عوض ثم وهبه لابنه الصغير لا تجوز وهو ظاهر لكن فى عامة المعتبرات او فى يد مرتهن مكان متهب يعنى لو وهب لآخر ثم وهب لطفله لا تتم الهبة بمجرد العقد تتبع (والصدقة فى ذلك كالهبة) والمراد من الصدقة هنا التصدق لابنه فقط والا يلزم التكرار لان المص ذكر مطلق الصدقة فى آخر هذا الكتاب فعلى هذا تفسير صاحب الفرائد فى هذا المحل مطلقا ليس بشىء تتبع (والام كالاب) فى ان هبتها لطفلها تتم بالعقد (عند غيبته) اى الاب غيبة منقطعة وتفسيرها تقدم فى باب الاولياء (او موته) اى الاب (وعدم وصيه ان كان الطفل فى عيالها) لان للام ولاية الحفظ اذا كان فى حجرها لكن بشرط غيبة الاب غيبة منقطعة او موته وعدم وصيه لانه عند حضور الاب او الوصى لا يكون للام ذلك

ولو في حجرها (وكذا كل من يعول الطفل) كالعم والاخ لان هذا محض نفع للطفل ولانه لما كان له تأديبه وتسليمه في حرفة كان له التصرف النافع بتمليكه بمجرد الهبة اذا كان في يده كما في الاب عند عدم الاب (وهبة الاجنبي له) اى للطفل (تتم بقبضه) اى بقبض الطفل (لو كان عاقلا) اى مميزا يعقل التحصيل ولو ابوه حيا لانه في التصرف النافع يلحق بالبالغ العاقل وفي البحر من وهب لصغير يعبر عن نفسه شيئا فرده يصح كما يصح قبوله وفي السراجية من وهب للصغير شيئا له ان يرجع فيه وليس للاب التعويض من مال الصغير وفي الخانية ويبيع القاضي ماوهب للصغير حتى لايرجع الواهب في هبته (وتتم) ايضا (بقبض ابيه) حال صغره (اوجده اووصي احدهما) اى بقبض وصي الاب اووصي الجد الصحيح سواء كان الصغير في حجرهم اولا لان لهؤلاء ولاية على اليتيم اما الاب فظاهر واما غيره من الجد والوصي فلقيامهم مقام الاب (او) بقبض (امه ان) كان الطفل (في حجرها) لما مر وفي الخلاصة ويباح للوالدين ان يأكلا من المأكول الموهوب للصغير فافادان غير المأكول لايباح لهما الاعند الاحتياج واشار الى ماعلم ان ماوهب للصغير يكون ملكا له امالو اتخذ الاب وليمة للختان فاهدى الناس هدايا ووضعوا بين يدى الولد فان كانت الهبة تصلح للصبي مثل ثياب الصبيان اوبشيء يستعمله الصبيان فالهدية للصبي والانظر ان كان من اقرباء الاب اومعارفه فهو للاب وان كان من اقرباء الام اومعارفها فهو للام سواء كان المهدى يقول عند الهدية هذا للصبي ام لا وهذا اذا لم يقل المهدى هذا له اولها وكذا لو اتخذ الوليمة لزفاف بنته كما مر وفي السراجية وينبغي ان يعدل بين اولاده في العطايا والعدل عند ابي يوسف ان يعطيهم على السواء هو المختار كما في الخلاصة وعند محمد يعطيهم على سبيل المواريث وان كان بعض اولاده مشتغلا بالعلم دون الكسب لابأس بان يفضله على غيره وعلى جواب المتأخرين لا بأس بان يعطى من اولاده من كان عالما متأدبا ولايعطى منهم من كان فاسقا فاجرا (او) بقبض (اجنبي يربيه) ويحجره لان له عليه يدا معتبرة حتى لايتمكن اجنبي آخر ان ينزعه من يده فيملك النفع في حقه (و) تتم (بقبض زوج الطفلة لها) اى للطفلة (ولو) وصلية (مع حضرة الاب بعد الرفاف) اى بعد ان زفت الصغيرة اليه في الصحيح لان الاب اقامه مقام نفسه في حفظها وقبض الهبة منه ولو قبضه الاب ايضا صح لان الولاية له واشتراط الرفاف لثبوت ولاية الزوج لانه انما يملكه باعتبار انه يعولها وذلك بعد الرفاف (لاقبله) اى لايصح قبض الزوج قبل الرفاف لانه لايعولها قبله ولايشترط ان يكون ممايجامع مثلها

في الصحيح (وصح هبة اثنين لواحد دارا) لانهما سلمت جملة وقبضت جملة فلاشيوع وفيه اشعار بان هبة الاثنين للاثنين لايجوز (لاعكسه) اى لاتصح هبة الواحد للاثنين عند الامام وزفر لان هذه هبة النصف من كل واحد فثبت الشيوع والقبض في المشاع لايتحقق بخلاف الرهن لان حكم الحبس بالدين وهو ثابت لكل واحد منهما بكماله وقال يعقوب باشارجل وهب من رجلين سيئا يحتمل القسمة فالهبة فاسدة وليست بباطلة عند الامام فاذا قبضا يثبت لهما الملك على قول وبه يفتى كما في الذخيره ويعلم من هذا ان المراد من عدم الصحة الفساد لاالبطلان كمالايخفى فليتأمل انتهى (خلافا لهما) فان عندهما تصح نظرا الى انه عقد واحد فلاشيوع كما اذا رهن من رجلين وفي السراجية وهب من رجلين درهما صحيحا تجوز وعليه الفتوى لانها هبة مشاع لايقسم وانما قيدنا بالصحيح لان المغشوش في حكم العروض فيكون ممايقسم فلا تصح هبته للرجلين للشيوع (وصح تصدق عشرة) دراهم (على فقيرين وهبتها) اى هبة عشرة دراهم (لهما) اى لفقيرين (ولا يصحان) اى لايصح التصدق بعشرة ولاهبتها (لغنيين) هذا رواية الجامع الصغير جعل كل واحد منهما مجازا عن الاخر حيث جعل الهبة للفقيرين صدقة والصدقة على الغنيين هبة وفرق بين الهبة والصدقة في الحكم حيث اجاز الصدقة على اثنين ولم يجز الهبة والجامع بينهما ان كلامنهما تمليك بلا عوض فجازت الاستعارة والفرق ان الصدقة يبتغى بها وجه الله تعالى وهو واحد والفقير نائب عنه ولا كذلك الهبة فيكون تمليكا من اثنين ولهذا لو اوصى بثلث ماله للفقراء صح وان كانوا مجهولين لانها وقعت لله وهو معلوم ولو اوصى به للاغنياء غير معينين لايجوز وفي الاصل سوى بينهما فوجب ان يمنع في البابين فكان في المسئلة روايتان وقيل المراد بالصدقة المذكورة في الاصل الصدقة على غنيين فلامخالفة بين الروايتين وهذا كله على قول الامام (خلافا لهما) فان عندهما الهبة من شخص جائزة فالصدقة اولى

﴿ باب الرجوع فيها ﴾

اى في الهبة قد ذكرنا ان حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له غير لازم فكان الرجوع صحيحا وقد يمنع عن ذلك مانع فيحتاج الى ذكر ذلك في باب على حدة فقال (يصح الرجوع فيها) اى في الهبة بعد القبض ولو مع اسقاط حقه من الرجوع بان قال اسقطت حقي من الرجوع (كلا او بعضا) مالم يمنع مانع من الموانع الآتية وعند الائمة الثلاثة لايصح الرجوع في الهبة الا للوالد فيما وهب

لولده لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يعطي لولده والعائد في هبته كالكلب يعود في قيئه وفي رواية لا يحل لواهب ان يرجع في هبته ولنا قوله عليه الصلوة والسلام الواهب احق بهبته ما لم يثب عنها اي ما لم يعوض والمراد به بعد التسليم لانها لا تكون هبة حقيقة قبله فلهذا قيدنا بعد القبض وتأويل ما رووه ان الواهب لا يستبد بالرجوع من غير تراض وحكم حاكم الا الوالد فان له ان يأخذ من ابنه عند الحاجة من غير رضاء ولا قضاء كسائر اموال ابنه (ويكره) اي الرجوع تحريما لان الامام الزاهدي قد وصف الرجوع بالقبح وكذا الحدادي وغير من الشارحين ولا يقال للمكروه تنزيها قبيح لانه من قبيل المباح او قريب منه كما في المنح (ويمنع منه) اي من الرجوع (حروف دمع خزقه) اخذها من بيت شعره قيل فيه وهو قوله ومانع عن الرجوع في الهبه يا صاحبي حروف دمع خزقه وفي خزانة الفقه ابي عسر يقطع به حق الرجوع اذا كان الموهوب له ذا رحم محرم منه او كانت زوجته او كان زوجها او كان اجنبيا وعوضها وقال خذ هذا عوض هبتك او بدلا عنها او جزاء منها او مكافاة عنها او في مقابلها او مات احدهما او خرج عن ملكه او زاد فيها زيادة متصلة بان كان عبدا صغيرا فكبر او كان مهزولا فسمن او كانت ارضا فبنى فيها او كان ثوبا فخاطه او صنعه صنعا يزيد او غيره بان كان حنطة فطحنها او دقيقا فخبزه او سويقا فلته بسمن او كان لبنا فاتخذه جبنا او سمنا او اقطا او كانت جارية فعلمها القرآن او الكتابة او المشاطة تسعة اشياء لا يقطع به حق الرجوع اذا زادت قيمته او ولدت الموهوبة يرجع في الام دون الولد او اثمرت الشجرة يرجع في الشجر دون الثمر او كان ثوبا فقطعه ولم يخطه او كان دارا فانهدم شيء منها او وهب لبني عمه او في مرضه لورثته ثم مات الواهب عقبه فلورثته الرجوع فيه او وهب لاخيه ولاجنبي عبدا يرجع في نصيب الاجنبي او استحق العوض يرجع في الهبة او استحق الهبة رجع في العوض انتهى ثم شرع ان يبين ذلك بالفاء التفصيلية بقوله (فالدال) من هذه الحروف (الزيادة المتصلة) بالموهوب (كالبناء) على الارض اذا كان يوجب زيادة في الارض وان كان لا يوجب لا يمنع الرجوع وان كان يوجب في قطعة منها بان كانت الارض كبيرة بحيث لا يعد مثله زيادة فيها كلها امتنع من تلك القطعة دون غيرها كما في التبيين وفي السراجية اذا وهب ارضا فبنى الموهوب له فيها بناء بطل الرجوع ولو زال عاد حق الرجوع (والغرس) وفي المنح رجل وهب لرجل ارضا بيضاء انبت في ناحية منها نخلا او بنى فيها بيتا او دكانا كان ذلك زيادة فيها وليس له ان يرجع في شيء منها (والسمن) بان كان الموهوب هزالا فسمن عند الموهوب له

واحترز بالمتصلة عن الزيادة المنفصلة وعن هذا قال (لا المنفصلة) كالولد والارش والعقر فانه يرجع في الاصل دون الزيادة قيد بالزيادة لان النقصان كالحبل وقطع الثوب بفعل الموهوب اولا غير مانع لما في التبيين من انه لا يرجع في الجارية الموهوبة اذا ولدت حتى يستغني ولدها فاذا حبلت ولم ترد فللواهب الرجوع فيها لانه نقصان انتهى لكن يخالف ما في السراج من انه لو وهب له جارية فحبلت في يد الموهوب له فاراد الرجوع فيها قبل انفصال الولد لم يكن له ذلك لانها متصلة بزيادة لم تكن موهوبة تتبع ثم المراد بالاتصال هو ان يكون في نفس الموهوب شيء يوجب زيادة في القيمة كما هو المذكور في المتن وكالجمال والخياطة والصبغ ونحو ذلك وان زاد من حيث السعر فله الرجوع لانه لا زيادة للعين وكذا اذا زاد في نفسه من غير ان يزيد في القيمة كما اذا طال الغلام الموهوب لانه نقصان في الحقيقة فلا يمنع الرجوع ولو نقله من مكان الى مكان حتى ازدادت قيمته واحتاج فيه الى مؤنة النقل عندهما ينقطع الرجوع خلافا لابي يوسف ولو وهب عبدا كافرا فاسلم في يد الموهوب له اووهب عبدا حلال الدم فعفا ولي الجناية وهو في يد الموهوب له لا يرجع ولو كانت الجناية خطأ ففداه الموهوب له لا يمنع الرجوع ولا يسترد منه الفداء ولو علم الموهوب له العبد القرآن او الكتابة او الصنعة لم يمنع الرجوع لان هذه ليست زيادة في العين فاشبهت الزيادة في السعر وفيه خلاف زفر وروى الخلاف في العكس ولو اختلفا في الزيادة فالقول للواهب لانه ينكر لزوم العقد كما في التبيين وشرح الكنز للعيني وفي الخانية ولو علم القرآن او الكتابة او القراءة او كانت اعجمية فعلمها الكلام او شيئا من الحروف لا يرجع الواهب في هبته لحدوث الزيادة في العين انتهى هذا يخالف ما في التبيين كما في المنح وفيه كلام لان صاحب التبيين اشار الى ما في الخانية فقال ويروى الخلاف في العكس تدبر ولو ان مريضا وهب لرجل جارية فوطئها الموهوب له ثم مات الواهب وعليه دين مستغرق ترد الهبة ويجب على الموهوب له العقر هو المختار (والميم موت احد العاقدين) اما موت الموهوب له فلخروج الموهوب عن ملكه وانتقاله الى وارثه واما موت الواهب فلتعذر الرجوع عنه والوارث ليس بواهب والنص في حق الواهب هذا اذا كان بعد التسليم لانه قبل التسليم بطلت لعدم الملك ورجوع المستأمن الى دار الحرب بعد الهبة قبل القبض مبطل لها كالموت فان كان الحربي اذن للمسلم في قبضه وقبضه بعد رجوعه الى دار الحرب جاز استحسانا (والعين العوض المضاف اليها) اى الى الهبة (اذا قبض) الواهب العوض وفسره بقوله (نحو خذ هذا عوضا عن هبتك او بدلا عنها) اى عن هبتك (او) خذه (في مقابلتها)

اى مقابلة الهبة لان الشرط فى كونه عوضا ان يذكر لفظا يعلم الواهب انه عوض (ولو) وصلية (كان) التعويض (من اجنبى) اى جاز العوض من اجنبى وسقط حق الواهب فى الرجوع فى الهبة اذا قبض العوض لان العوض لاسقاط الحق فيصح من الاجنبى كبدل الخلع ولو كان التعويض بغير اذن الموهوب له ولا رجوع للعوض على موهوب له (ولو كان شريكه) سواء كان باذنه اولا لان التعويض ليس بواجب عليه فصار كالوامره ان يتبرع لانسان الا اذا قال على انى ضامن (فلو لم يضف) اى لم يقل الموهوب له خذ عوض هبتك يكون فعله هبة مبتدأة لا تعويضا فيشترط فيه ما يشترط فى الهبة من القبض (فلكل) واحد منهما (ان يرجع فيما وهب) وفى المبسوط هذا سواء كانت الهبة شيئا قليلا او كثيرا او سواء كان العوض من جنسها او من غير جنسها لانها ليست بمعاوضة محضة حتى يتحقق فيها الربوا وانما هى لقطع الرجوع (والخاء الخروج) اى خروج العين الموهوبة (عن ملك الموهوب له) بسبب من اسباب الملك كالبيع والهبة فان تبدل الملك كتبدل العين فلو ضحى الشاة الموهوبة اونذر التصدق بها وصارت لحما لا يمنع الرجوع عند الطرفين خلافا لابى يوسف (والزاى الزوجية) اى الزوجية مانعة من الرجوع لان المق فيها الصلة اى الاحسان كما فى القرابة (وقت الهبة فله الرجوع لو وهب ثم نكح) لانها لم تكن زوجة وقت الهبة (لا) يرجع (لو وهب ثم ابان) لوجود الزوجية المانعة وقت الهبة (والقاف القرابة) لان المق منها صلة الرحم وقد حصل وفى الرجوع قطيعة الرحم فلا يرجع سواء كان القريب مسلما او كافرا ثم فسر القرابة بقوله (فلا رجوع فيما وهب لذى رحم محرم) من الواهب وان وهب لمحرم بلا رحم كاخيه من الرضاع وامهات النساء والربائب وازواج البنين والبنات لا يمنع الرجوع وقيد بالمحرم لان الرحم بلا محرم كابن عمه لا يمنع الرجوع (ولو وهبت لعبد اخيه) اولاخيه وهو عبد لاجنبى فانه (يرجع) فيها عند الامام وقالا لا يرجع فى الاولى ويرجع فى الثانية (ولو كانا) اى العبد ومولاه (ذا رحم محرم) من الواهب (فلا رجوع فيها) اى فى الهبة للواهب اتفاقا على الاصح (والهاء هلاك الموهوب) فانه مانع من الرجوع لتعذره بعد الهلاك اذ هو غير مضمون عليه (والقول فيه) اى فى الهلاك (قول الموهوب له) لانه منكر لوجوب الرد عليه فاشبه المودع وفى الخلاصة لو قال الموهوب له هلكت فالقول قوله ولا يمين عليه وان قال الواهب هى هذه حلف المنكر انها ليست هذه كما يحلف الواهب ان الموهوب له ليس باخيه اذا ادعى الاخ عليه ذلك كما فى المنح (وفى الزياده

قبول الواهب) اى لوادعى الموهوب له ازدياد مافى يده زيادة متصلة وانكرها الواهب فيكون القول له خلافا لزفر (ولو عوض) الموهوب له (فاستحق نصف الهبة رجع بنصف العوض) لان نصف العوض عن نصف الهبة فلما لم يسلم له نصف الهبة يرجع بنصف العوض كما فى البيع (وان استحق نصف العوض لا يرجع) الواهب (بشئ حتى يرد باقيه) اى باقى العوض لان العوض ليس ببدل حقيقة بدليل انه يجوز ان يعوضه اقل من جنسه فى المقدرات ولو كان معاوضة لما جاز للربوا وانما اعطاه ليسقط حقه فى الرجوع كما مر آنفا الا انه لم يرض بسقوط حقه الا بسلامة كل العوض فاذا لم يسلم له كله كان له الخيار ان شاء رضى بما بقى من العوض وان شاء رد الباقى عليه ويرجع فى الهبة خلافا لزفر اذ عنده يرجع بالنصف اعتبارا بالموهوب (وان استحق الكل رجع بالكل فيهما) اى لو استحق كل الهبة كان للموهوب له ان يرجع فى جميع العوض ان كان قائما وبمثله ان هالكا وهو مثلى وبقيمته ان قيميا ولو استحق كل العوض حيث يرجع فى كل الهبة ان كانت قائمة لا ان هالكة ويشترط ان لا تزداد العين الموهوبة فلو استحق العوض وقد ازدادت الهبة لم يرجع كما فى الخلاصة (ولو عوض عن نصفها) اى الهبة (فله) اى للواهب (ان يرجع بما لم يعوض) لان المانع قد خص النصف غاية ما فيه انه يلزم منه الشيوع فى الهبة لكنه طار فلا يضره وفى المنح نقلا عن المجتبى ان العوض المانع من الرجوع هو المشروط فى عقد الهبة اما اذا عوضه بعده فلا ولم ار من صرح به غيره وفروع المذهب فى هذا الباب مطلقة عن هذا الشرط منها ما تقدم من ان دقيق الحنطة يصلح عوضا عنها ومن انه لو عوضه ولد احد جاريتين موهوبتين وجد بعد الهبة فانه يمتنع الرجوع وتمامه فيه فليطالع (ولو خرج نصفها) اى نصف الهبة عن ملكه) اى الموهوب له (فله) اى للواهب (ان يرجع بما لم يخرج عن ملكه) لان المانع من الرجوع وهو الخروج عن ملكه لم يوجد الا فى النصف فيتقدر الامتناع بقدره ولان له الرجوع فى كل الهبة ففى النصف اولى ان يرجع الى ما لم يعوض (ولا يصح الرجوع) عن الهبة (الا بتراض) من الطرفين (او حكم قاض) بالرجوع لولايتهما على العامة ولولايتهما على انفسهما كالرد بالعيب بعد القبض اذ فى حصول المقصود وعدمه خفاء لان من الجائز ان يكون المراد للثواب والتحبب وعلى هذا لا يرجع لحصول المرام ومن الجائز ان يكون المراد العوض وعلى هذا يرجع فلابد من الالزام والقضاء وعند الائمة الثلاثة يصح بدونهما ثم فرعه بقوله (فلو اعتق الموهوب له) العبد الموهوب بعد الرجوع قبل القضاء والتسليم نفذ) اعتاقه لانه لا يخرج

عن ملك الموهوب له الا بالقضاء فيصح اعتاقه قبلها (ولو منعه) اى منع الموهوب له الموهوب عن الواهب بعد ان يرجع قبل القضاء او بعده (فهلك) الموهوب فى يد الموهوب له (لا يضمن) لان يده غير مضمونة الا اذا طلبه بعد القضاء فنعه مع القدرة على التسليم فحينئذ يكون يده يد ضمان لمنعه بعد طلب فظهر الفرق بين المنع بعد الرجوع و بين المنع بعد الطلب (وهو) اى الرجوع (مع احدهما) اى مع التراضى او قضاء القاضى (فسخ) لعقد الهبة (من الاصل) او اعادة للملك القديم لا هبة من الموهوب له) وعند زفر الرجوع بالتراضى عقد جديد فيجعل بمنزلة الهبة المبتدأة ولنا ان عقد الهبة وقع جائزا موجبا لحق الفسخ فاذا رجع الواهب كان مستوفيا لحق ثابت له بالعقد لان العقد وقع غير لازم لا ابتداء لعقد جديد ثم فرعه بقوله (فلا يشترط قبضه) اى الواهب لان القبض انما يعتمد فى انتقال الملك لا فى عوده الى الملك القديم (وصح) اى الرجوع (فى المشاع) القابل للقسمة بان وهب دارا ورجع فى نصفها ولو كان هبة مبتدأة لما صح فى المشاع القابل للقسمة (وان تلف الموهوب) عند الموهوب له (فاستحق) مستحق (فضمن الموهوب له) قيمته للمستحق (لا يرجع على واهبه) بما ضمن لان العقد تبرع وهو غير عامل له فلا يستحق السلامة ولا يثبت به الغرور بخلاف الوديعة لان المودع عامل له و بخلاف المعاوضات لان عقد المعاوضة يقتضى السلامة والاعارة كالهبة هنا كما فى التنوير (والهبة بشرط العوض هبة ابتداء) اى فى ابتداء العقد (فتشرط القبض فى العوضين) لان القبض شرط فى الهبة لما مر وكل واحد منهما واهب من وجه (ومنعها) اى الهبة (الشيوع) فيما يحتمل القسمة (فى احدهما) اى فى احد العوضين لما مر من ان هبة المشاع لا تصح (بيع انتهاء) اى فى انتهاء العقد بعد التقابض (فتثبت الشفعة) اذا كان عقارا كما مر (وخيار العيب والشرط والرؤية فى كل واحد منهما) والفاء فى قوله فتشرط و فى قوله فتثبت نتيجة ما قبلهما من الكلام وعند زفر والائمة الثلاثة بيع مطلقا اى ابتداء وانتهاء لانها تمليك بدل من الابتداء فكان بيعا ولنا انه اشتمل على وجهين فيجمع بينهما ما امكن عملا بالشبهين فيكون ابتداؤه معتبرا بلفظه فيجرى فيه احكام الهبة وانتهاؤه معتبرا بمعناه فيجرى فيه احكام البيع ولا منافاة بين الحكمين لان الهبة من حكمها تأخير الملك الى القبض ومن حكم البيع اللزوم وقد ينقلب الهبة البيع بالتعويض يعنى هذا اذا ذكره بكلمة على بان يقال وهبتك ذا على ان تعوضنى كذا اذا قال وهبتك بكذا فهو بيع اجماعا كما فى الحقائق والنهاية وظاهره انه بيع ابتداء

وانتهاء كما في البحر وفيه اشعار بانه اذا كان حرف الشرط كلمة ان بان يقول وهبتك كذا ان كان كذا ينبغي ان تكون الهبة باطلة كالبيع

فصل

في بيان احكام مسائل متفرقة (ومن وهب امة الا حملها او) وهبها (على) شرط (ان ردها) اي يرد الموهوب له الامة (عليه) اي على الواهب (او) على ان (يعتقها او) على ان (يستولدها) اي يتخذ الامة ام ولد (صحت الهبة) في الصور كلها (و بطل الاستثناء) لانه لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل قصدا لان ما في البطن ليس بمال ولا يعلم وجوده حقيقة فتصح فيهما وفي الجنين لا يجوز لانه جزء منها فلا يجوز استثناؤه بخلاف الوصية لان افراد الحمل بالوصية جائز وكذا استثناؤه (و) بطل (الشرط) في الصور الباقية لكونه مخالفا بمقتضى العقد والتمليك فيكون فاسدا والهبة لا تفسد بالشرط الفاسد كما مر (وكذا) تصح الهبة و بطل الشرط (لو وهب دارا على ان يرد) اي الموهوب له (عليه) اي على الواهب (بعضها) اي الدار (او) على ان (يعوضه شيئا منها) اي من الدار واعترض الزيلعي تبعا لصاحب النهاية على قولهم او يعوضه شيئا منها بان المراد به اما الهبة بشرط العوض فهي والشرط جائزان فلا تستقيم قوله و بطل الشرط وان اراد ان يعوضه عنها شيئا من العين الموهوبة فهو تكرار محض لانه ذكره بقوله على ان يرد شيئا منها انتهى واجاب صاحب الدرر بان يختار الشق الاول وقوله فهي والشرط جائز ان ممنوع وانما يجوز اذا كان العوض معلوما كما عرفت من المباحث السابقة وصرح به بعض شراح الهداية وكذا الحال في الصدقة انتهى لكن ان ما جعل مبنى الجواب من كون العوض المجهول شرطا فاسدا موافق للخانية في مسئلة هبة الارض بشرط انفاق ما يخرج منها على الواهب لكنه مخالف لما قاله التمرتاشي من انه لو وهب بشرط العوض ولم يسم العوض جاز لان الهبة تقتضي عوضا مجهولا وقد اجاب بعض الفضلاء بانا نختار الشق الثاني ولا تكرار لان في عبارة العوض مظنة الصحة كما لا يخفى لكن الاولى ما في شرح الكنز للعيني من انه لا يلزم التكرار اصلا لان قوله على ان يرد عليه شيئا منها لا يستلزم ان يكون عوضا لان كونه عوضا انما هو بالفاظ مخصوصة فيجوز ان يكون ردا ولا يكون عوضا لعدم الاستلزام واما قوله او يعوضه شيئا منها فصريح بالعوض ولا شك انهما متغايران (ولو دبر الحمل ثم وهبها) اي الامة (فالهبة باطلة) لان المدبر يبقى على ملك الواهب

الى موته فصار كهبة المشاع (بخلاف ما لو اعتقه) اى الحمل (ثم وهبها) اى الامة فانه يجوز العتق فى الولد والهبة فى الامة لان الجنين لم يبق على ملك الواهب فلم تشتغل الامة غير حضانة الولد (ومن قال لمديونه اذا جاء غد فالدين لك او قال فانت برئ منه) اى من الدين (او) قال (ان اديت الى نصفه) اى الدين (فالباقى) اى النصف الآخر (لك او) قال له ان اديت الى (نصفه فانت برئ منه) اى من النصف الباقى (فهو بطل) لان الابراء تمليك من وجه واسقاط من وجه ولهذا يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول والتعليق بالشرط يختص بالاسقاطات المحضة التى يحلف بها كالطلاق والعتاق وهذا تمليك من وجه فلا يجوز تعليقه بالشرط فيبطل بخلاف قوله انت برئ من النصف على ان تؤدى الى النصف لانه تقييد وليس بتعليق كما فى التبيين وغيره ولو قال لمديونه ان كالى عليك دين ابرأتك عنه وله عليه دين صح الابراء لانه تعليق بشرط كائن فيكون تنجيزا ولو قالت لزوجها المريض ان مت من مرضك هذا فانت فى حل من مهرى او قالت مهرى عليك صدقة فهو باطل لان هذه مخاطرة وتعليق ولو قال الطالب لمديونه اذا مت فانا برئ من الدين الذى لى عليك جاز ويكون وصية من الطالب للمطلوب كما فى المنح (والعمرى جائزة للعمر) بفتح الميم الثانية وهو الموهوب له (حال حيوته ولورثته بعده) اى بعد وفاته لقوله عليه الصلوة والسلام من اعمر عمرى فهى للمعمر له ولورثته لان المفهوم منه بطلان الشرط لانه قال عليه السلام ولورثته كما بيناه فى اول الكتاب ثم اشار الى تفسير العمرى بقوله (وهى ان يجعل داره له مدة عمره فاذا مات ردت) الدار (اليه) اى الى الواهب بطل شرط الرد بعد الموت لما مر (والرقبى) بضم الراء (باطلة فان قبضها كانت عارية فى يده) هذا عند الطرفين (وعند ابى يوسف تصح كالعمرى) لما روى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما انه عليه السلام قال العمرى جائزة لمن اعمرها والرقبى جائزة لمن ارقبها وبه قال الشافعى واحمد والجواب عنه انه مأخوذ من الارقاب معناه رقبة دارى لك وذلك جائز لكن لما احتمل الامرين لم تثبت الهبة بالشك فتكون عارية ثم اشار الى تفسيرها بقوله (وهى ان تقول ان مت قبلك فلك وان مت قبلى فلى) فيترقب كل واحد موت صاحبه وفى التنوير بعث الى امرأته متاعا وبعثت له ايضا ثم افترقا بعد الزفاف وادعى انه عارية واراد الاسترداد وارادت الاسترداد ايضا يسترد كل ما اعطى لما فى فتاوى قاضى ظهير الدين من انه رجل تزوج امرأة وبعث هدايا اليها وعوضت المهر لهدايا عوضا للهبة فاذا لم يكن ذلك هبة لم يكن ذلك عوضا وكان لكل واحد

منهما ان يسترد (والصدقة كالهبة) لانها تبرع مثلها فاذا كان كذلك (لاتصح) الصدقة (بدون القبض) بل لابد من كونها مقبوضة كالهبة (ولا) تصح (فى مشاع يقسم) اى يحتمل القسمة كسهم من الدار عند الامام خلافا لهما على ما تقدم فى الهبة (ولارجوع فيها) اى الصدقة بعد القبض لان الحق فيها هو الثواب دون العوض (ولو) كانت الصدقه (لغنى) استحسانا لانه قد يقصد بالصدقة على الغنى الثواب لكثرة عياله فى الخانية ولو اختلفا فقال الواهب كانت هبة وقال الموهوب له صدقة فالقول للواهب وفى العناية فى هذا المحل كلام وفى حاشيته للمولى سعدى جواب فليطالع (ولا) رجوع (فى الهبة لفقير) لان الحق الثواب وقد حصل بخلاف الهبة لغنى لانها قد تكون لعوض دنيوى (ولو قال جميع مالى اوما املكه لفلان فهو هبة) لان مملوكه لايصير لغيره الا بتمليكه (وان قالماينسب الى اوما يعرف لى) لفلان (فاقرار) لانه لايفهم منه التمليك وانما يفهم منه انه ملك لفلان ولكنه منسوب الى بكونه فى يدى فيكون اقرارا وفى التنوير هبة الدين ممن عليه الدين وابراؤه عنه يتم من غير قبول تمليك الدين ممن ليس عليه الدين باطل الااذا سلطه على قبضه وفى المنح نقلا عن جواهر الفتاوى لما سألته عمن كتب قصة الى السلطان وسأل منه تمليك ارض محدودة فامر السلطان بالتوقيع فكتب كاتب السلطان على ظهر القصة انى جعلت الارض ملكا له هل يصير الارض ملكا له ام لايحتاج الى القبول من السلطان فى مجلس واحد فانه تمليك يحتاج الى القبول عن السلطان فى مجلس واحد قال هذا هو القياس لكن لما تعذر الوصول اليه اقيم السؤال بالقصة مقام حضوره فاذا امره بذلك واخذ منه بالتوقيع تملك

❁ كتاب الاجارة ❁

عقبه بالهبة ترقيا من الاعلى الى الادنى فان الاجارة تمليك المنافع والهبة تمليك العين والعين اقوى وهى فى اللغة اسم للاجرة وهى مايستحق على عمل الخير وفى القهستانى فانها وان كانت فى الاصل مصدر آجر زيد يأجر بالضم اى صار اجيرا الاانها فى الاغلب يستعمل بمعنى الايجار اذ المصدر يقام بعضها مقام البعض فيقال آجرت اجارة اى اكريتها ولم يجئ من فاعل بهذا المعنى على ماهو الحق كذا فى الرضى وقال بعض اهل العربية الاجارة فعالة من المفاعلة وآجر على وزن فاعل لا افعل لان الايجار لم يجئ والمضارع يواجر واسم الفاعل المواجر وفى عين الخليل آجرت زيد امملوكى اوجره ايجارا وفى الاساس آجر وهو موجر ولم يقل مواجر فانه غلط ومستعمل فى موضع قبيح وقد جوز صاحب

الكشاف في مقدمة الادب كون آجره الدار من باب الافعال والمفاعلة معا وفي الاصطلاح (هي) اي الاجارة (بيع منفعة) احترازعن بيع عين (معلومة) جنسا وقدرا (بعوض) مالي اونفع من غير جنس المعقود عليه كسكنى دار بركوب دابة ولايجوز بسكنى دار اخرى للربوا (معلوم) قدرا وصفة في غير العروض لان جهالتهما تفضي الى المنازعة (دين) اي مثلي كالمكيل والموزون والعددي المتقارب (اوعين) اي قيمي كالثياب والدواب وغيرهما فخرج البيع والهبة والعارية والنكاح فانه استباحة المنافع بعوض لاتمليكها وفي الدرر وانما عدل عن قولهم تمليك نفع معلوم بعوض كذلك لانه ان كان تعريفا للاجارة الصحيحة لم يكن مانعا لتناوله الفاسدة بالشرط الفاسد وبالشيوع الاصلي وان كان تعريفا للاعم لم يكن تقييد النفع والعوض بالمعلومية صحيحا وما اختير ههنا تعريف للاعم انتهى لكن المص قيد البدلين بالمعلومية فقد اخرج الاجارة الفاسدة بالجهالة عن التعريف ونبه ان المعتبر في الشرع هي الاجارة الغير المفضية الى النزاع وجعل ذكر المعلوم توطئة لقوله الآتي والمنفعة تعلم تارة الى آخره تدبر والقياس يأبى جواز عقد الاجارة لان المعقود عليه معدوم واضافة التمليك الى ماسيوجد لايصح لكنه جوز لحاجة الناس اليه وقد ثبت جوازه بالكتاب والسنة وضرب من المعقول اما الكتاب فقوله تعالى على ان تأجرني ثماني حجج وشريعة من قبلنا لازمة مالم يظهر نسخها واما السنة فقوله عليه السلام من استأجر اجيرا فليعلمه اجره وقوله صلى الله تعالى عليه وسلم اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه واما المعقول فلان بالناس حاجة اليه ولامفسدة فيه وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة وفي البحر والمراد من انعقاد العلة ساعة فساعة في كلام مشايخنا على حسب حدوث المنافع هو عمل العلة ونفاذها في المحل ساعة فساعة لاارتباط الايجاب والقبول كل ساعة وان كان ظاهر كلام المشايخ يوهم ذلك والحكم تأخر من زمان انعقاد العلة الى حدوث المنافع ساعة فساعة لان الحكم قابل للتراخي كما في البيع بشرط الخيار وتمامه فيه فليطالع وبهذا يندفع اعتراض المولى سعدى على الهداية بانه لابد ان يتأمل في هذا المقام فان الانعقاد هو ارتباط القبول بالايجاب فاذا حصل الارتباط باقامة الدار مقام المنفعة يتحقق الانعقاد فامعنى الانعقاد ساعة فساعة بعد ذلك تدبر ومن محاسن الاجارة دفع الحاجة بقليل من البدل فان كل واحد لايقدر على دار يسكنها وحمام يغتسل فيها وابل تحمل اثقاله الى بلد لم يكن يبلغه الا بشقة النفس وسببها تعلق البقاء المقدر وشرطها معلومية البدلين وركنها الايجاب والقبول بلفظين ماضيين من الالفاظ الموضوعة لعقد الاجارة مثل ان تقول

اجرتك هذه الدار شهرا بكذا اووهبتك منافعها وتنعقد بالتعاطى كالبيع وشرطها ماتقدم من كون الاجرة والمنفعة معلومتين وحكمها وقوع الملك فى البدلين ساعة فساعة كما فى المنح ولا تنعقد الاجارة الطويلة بالتعاطى لان الاجرة غير معلومة قد يجعلون لكل سنة دانقا وقد يجعلون فلوسا وفى غير الطويلة الاجارة تنعقد بالتعاطى كذا فى الخلاصة قلت مفاد كلامه ان الاجرة اذا كانت معلومة فى الاجارة الطويلة تنعقد بالتعاطى انتهى (وماصلح ثمنا) فى البيع (صلح اجرة) فى الاجارة لان الاجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع ومراده من الثمن ما كان بدلا عن شئ فدخل فيه الاعيان فان العين يصلح بدلا فى المقايضة فتصلح اجرة وفيه اشارة الى انها لو كانت الاجرة دراهم انصرفت الى غالب نقد البلد فان كانت الغلبة مختلفة فالاجارة فاسدة ما لم يبين نقدا منها فان بين جاز والى انها لو كانت كيليا اووزنيا اوعدديا متقاربا فالشرط فيه بيان القدر والصفة وقوله وماصلح ثمنا صلح اجرة لا ينافى العكس حتى صلح اجرة مالا يصلح ثمنا كالمنفعة فانها لاتصلح ثمنا وتصلح اجرة اذا كانت مختلفة الجنس كاستيجار سكنى الدار بزراعة الارض وان اتحد جنسهما لا (وتفسد) الاجارة (بالشروط) كالبيع (ويثبت فيها) اى فى الاجارة (خيار الشرط) كما يثبت فى البيع (و) خيار (الرؤية) خلافا للشافعى فيهما (و) خيار (العيب) سواء كان حاصلا قبل العقد اوبعده (وتقال) الاجارة (وتفسخ) كما فى البيع كما سيأتى ولما ذكر فى التعريف معلومية المنفعة احتاج الى مابه تكون معلومة فقال (والمنفعة تعلم تارة ببيان المدة كالسكنى) اى كاجارة الدار للسكنى (والزراعة) اى كاجرة الارض للزراعة (فتصح) اجارتها (مدة معلومة اية مدة كانت) لان المدة اذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوما اذا كانت المنفعة لاتتفاوت فافاد انها تجوز ولو كانت المدة لايعيش احد العاقدين الى مثلها عادة واختاره الخصاف لان العبرة للمطوانه يقتضى التوقيت كما لو تزوج امرأة الى مائة سنة فانه توقيت فيكون متعة ومنعه بعضهم لان الغالب كالمتيقن فى حق الاحكام فصارت الاجارة مؤبدة معنى والتأبيد يبطلها فافاد انها تجوز مضافا كما لو قال آجرتك هذه الدار غدا وللموجر بيعها اليوم وتنتقض الاجارة كما فى الخلاصة وفى الخانية ولو كانت الاجارة الى الغد ثم باع من غيره فيه روايتان فى رواية ليس للآجر ان يبيع قبل مجئ الوقت وفى رواية جاز والفتوى على انه يجوز البيع وتبطل الاجارة المضافة وهو اختيار شمس الائمة الحلوانى وتمامه فى المنح فليطالع وعند الشافعى فى احد قوليه لا يجوز اكثر من سنة (وفى الوقف يتبع شرط الواقف) لانه كنص الشارع فى وجوب الاتباع (فان لم يشترط) الواقف

في اجارته مدة سكت عنها (فالفتوى ان لا يزاد في) اجارة (الاراضي على ثلث سنين وفي) اجارة (غيرها) اى غير الاراضي ان لا يزاد (على سنة) واحدة كيلا يدعى المستأجر ملكها وهو المختار كما في الهداية وقد افتى الصدر الشهيد بعدم الزيادة على ثلث سنين في الضياع وعلى سنة واحدة في غيرها الا اذا كانت المصلحة في غيره وفي المحيط وهو المختار للفتوى فلو آجرها المتولى اكثر مما ذكر لم تصح وقيل تصح وتفسخ وهذه المسئلة وماقبلها ذكرت في الوقف فالفائدة في تكرارها والحيلة في الزيادة ان يعقد عقودا متفرقة كل عقد على سنة ويكتب في الكتاب ان فلان بن فلان بن فلان استأجر الوقف كذا وكذا سنة بكذا فيكون العقد الاول لازما والباقي غير لازم لانه مضاف فلمتولى الوقف ان يفسخ الاجارة في العقود الغير اللازمة اذا خاف بطلان الوقف لعلة مذكورة بخلاف ما اذا كانت الاجارة طويلة بعقد واحد كما في الخانية وغيرها فعلى هذا يندفع اعتراض صدر الشريعة من ان علة عدم الجواز اذا كانت هذا المعنى اى دعوى الملك بمرور الزمان لاتصح الاجارة الطويلة بعقود مختلفة كما جوزها البعض تجاوز الله عنهم انتهى وذكر صدر الاسلام ان الحيلة في الزيادة ان يرفع الى الحاكم حتى يجيزه واعلم ان اجارة الوقف لاتجوز الا باجر المثل او اكثر ولو آجر الناظر بدون اجر المثل لاتصح الاجارة ويلزم المستأجر تمام اجر المثل وفي البحر متولى ارض الوقف آجرها بغير اجر المثل يلزم مستأجرها تمام اجر المثل عند بعض علمائنا وعليه الفتوى قيل ان استأجر دار الوقف بمدة طويلة ان كان السعر بحالها حيث لم يزد ولم ينقص يجوز وان غلا اجر مثلها يفسخ العقد ويجدد ثانيا وكذا اذا استأجرها الى سنة فغلا السعر بعد مضى نصف السنة يفسخ العقد ويجب المسمى ويجدد ثانيا فيما بقي بخلاف الكرم المستأجر ليأكل ثمرته في رأس السنة (و) المنفعة (تارة تعلم بذكر العمل كصبغ الثوب وخياطته) اى خياطة الثوب وفيه اشارة الى انه لابد ان يعين الثوب الذي يصبغ ولون الصبغ بانه احمر اونحوه وقدر الصبغ اذا كان مما يختلف وجنس الخياطة والمخيط (وحمل قدر معلوم على دابة مسافة معلومة) لما في البحر استيجار الدابة للركوب لابد فيه من بيان الوقت والموضع حتى لو خلا عنهما فهي فاسدة وبه تعلم فساد اجارة دواب العلافين الواقعة في زماننا لعدم بيان الوقت او الموضع (و) المنفعة (تارة) تعلم (بالاشارة كنقل هذا) الطعام (مثلا الى موضع كذا) لانه اذا عرف ماينقله وموضع ينتهي اليه صار معلوما (والاجرة) في الاجارة (لاتستحق بالعقد) اى بنفس العقد فلا يجب تسليمها عينا كان او دينا عندنا لان حكم العقد يظهر عند وجود المنفعة وهي معدومة

عند العقد ولذا يقام العين مقام المنفعة في حق اضافة العقد الى المنفعة كما يقام السفر مقام المشقة فتجب الاجرة مؤجلا موقتا على تحقق احد الامور الآتي ذكرها وعن هذا قال (بل تستحق بالتعجيل هو او بشرطه) اى بشرط التعجيل لان امتناع الملك بنفس العقد لتحقق المساواة فاذا عجل اوشرط التعجيل فقد ابطل المساواة التي هي حقه بخلاف الاجارة المضافة بشرط تعجيل الاجرة فان الشرط باطل لامتناع ثبوت الملك من التبدل للتصريح بالاضافة الى وقت في المستقبل والمضاف الى وقت لايكون موجودا قبله ولا يتغير هذا المعنى (او باستيفاء المعقود عليه) لتحقق المساواة بينهما اذ العقد عقد معاوضة (او التمكن منه) اى من استيفاء النفع اقامة للتمكن من الشئ مقام ذلك الشئ هذا اذا كانت الاجارة صحيحة فاما اذا كانت فاسدة لايجب شئ بمجرد التمكن من استيفاء المنفعة الابحقيقة الانتفاع ثم فرع على هذا بقوله (فتجب) الاجرة (لو قبض) المستأجر (الدار ولم يسكنها) اى الدار (حتى مضت المدة) لان تسليم نفس المنفعة لما لم يمكن اقيم تسليم محلها مقامها اذ التمكن من الانتفاع يثبت به وفي النوازل اذا استأجر دابة الى مكة فلم يركبها ان كان بغير علة في الدابة فعليه الاجر وان كان لعلة فيها فلا اجر (وتسقط) الاجرة (بالغصب) الا اذا امكن اخراج الغاصب من الدار بشفاعة وحماية كما في التنوير (بقدر فوت التمكن) يعني اذا غصب الدار المستأجرة غاصب من يد المستأجر في جميع المدة سقطت الاجرة وان غصب في بعضها سقطت بقدر ذلك واشار بقوله سقط الاجر الى ان العقد ينفسخ بالغصب كما في الهداية خلافا لقاضيخان فانه قال لاتنفسخ واطلاقه شامل للعقار وغيره ومراده من الغصب ههنا الحيلولة بين المستأجر والعين لاحقيقته اذ الغصب لايجرى في العقار عندنا قال صاحب المنح ولو انكر الموجر الغصب وادعاه المستأجر ولا بينة له على دعواه يحكم الحال فان كان المستأجر هو الساكن في الدار حال المنازعة فالقول للموجر وان كان فيها غير المستأجر فالقول للمستأجر ولا اجر عليه كمسئلة الطاحونة وفي تنويره ولو سلم اى سلم الآجر المستأجر العين الموجرة بعد مضى بعض المدة فليس لاحدهما الامتناع من ذلك اذا لم يكن في مدة الاجارة وقت يرغب في العين الموجرة لاجل ذلك الوقت فان كان فيها وقت كذلك اى يرغب فيها في وقت معين دون وقت كما في بيوت مكة ومنى خير في قبض الباقي وفي السراجية وغيرها اذا سكن دارا معدة للغلة اوزرع ارضا معدة للاستغلال من غير اجارة تجب الاجرة وعليه الفتوى وفي القنية تسليم المفتاح في المصر مع التخلية بينه وبين الدار تسليم للدار حتى تجب الاجرة بمضى المدة وان لم يسكن وتسليم المفتاح

فى السواد ليس بتسليم الدار وان حضر المصر والمفتاح فى يده (ولرب الدار والارض طلب الاجرة لكل يوم ولرب الدابة لكل مرحلة) لان العقد فى حق المنفعة ينعقد شيئا فشيئا وكان ينبغى ان يجب تسليمه ولو خطوة اوسكن ساعة الا انا جوزنا استحسانا وقدرنا بيوم ومرحلة لان هذا يفضى الى الحرج الاذا بين زمان الطلب عند العقد فيوقف الموجر الى ذلك الوقت لكونه بمنزله التأجيل وقال زفر ليس لهم ذلك الابعد انقضاء المدة وانتهاء السفر كما قال الامام اولا (وللقصار والخياط بعد الفراغ من عمله) اذ قبله لاينتفع بالبعض فلا استحقاق للاجر (وان) وصلية (عمل فى بيت المستأجر) على مافى الهداية والتجريد وفى المبسوط والذخيرة وقاضيخان والتمرتاشى والفوائد الظهيرية اذا خاط البعض فى بيت المستأجر يجب الاجر له بحسابه كما اذا سرق الثوب فى بيت المستأجر يستحق الاجر بحسابه واستشهد فى الاصل بما لو استأجر انسانا ليبنى له حائطا فبنى بعضه ثم انهدم فله اجر مابنى وفى التنوير ثوب خاطه الخياط باجر فنتقه رجل قبل ان يقبضه رب الثوب فلا اجر له ولايجبر على الاعادة وان كان الخياط هو الفاتق للثوب فعليه الاعادة كأنه لم يعمل (وللخباز) طلب الاجر (بعد اخراج الخبز) من التنور لان تمام العمل بالاخراج وفى اطلاقه اشارة الى انه يستحق الاجر باخراج البعض بقدره لان العمل فى ذلك القدر صار مسلما الى صاحب الدقيق (فان احترق) الخبز (قبل الاخراج) من التنور (سقط الاجر) سواء كان فى بيت المستأجر او بيت الاجير لانه هلك قبل التسليم فعليه الضمان فى قول اصحابنا جميعا لان هذا جناية يده بتقصيره فى القلع من التنور فان ضمنه قيمته مخبوزا اعطاه الاجر وان ضمنه دقيقا لم يكن له اجر كما فى الغاية وغيرها وبهذا ظهر لك ان قول الوقاية فان احترق بعد ما اخرجه فله الاجر وقبله لاولاغرم فيهما وقول صدر السريعة اى فى الاحتراق قبل الاخراج وبعد الاخراج غير موافق للمقول عن الائمة الفحول كما فى الدرر لكن يمكن التوفيق بين كلام صاحب الوقاية وصاحب الغاية بان المراد بالاحتراق فى الوقاية مالايكون بصنعه وفى الغاية مايكون بصنعه كما يدل عليه قوله بالاجماع واماماقيل من انه لاضمان فى الفصلين على الخباز لان الجناية غير واقعة منه فيهما هذا على ظاهر الرواية عن الامام كما قيل فى الهداية لانه لم يوجد منه الجناية فصاحب الوقاية اختار مااختاره صاحب الهداية فليس بسديد لان قول صاحب الهداية لاضمان عليه متعلق بقوله فان اخرجه ثم احترق من غير فعله فقط لافيما اذا احترق قبله تتبع وعن هذا قال (وان) احترق من غير فعله (بعده) اى بعد الاخراج (فلا) يسقط (ان كان) يخبز (فى بيت المستأجر) لانه بمجرد الاخراج

صار مسلما اليه فى منزل المستأجر فاستحق الاجر بوضعه فيه وفيه اشارة بان من كان يخبر فى منزل نفسه لا يستحق الاجر بالاخراج بل بالتسليم الحقيق (ولا ضمان) فيهما عند الامام (وقالا ان شاء المستأجر ضمنه مثل دقيقه ولا اجر وان شاء الخبز وله الاجر) ولا يجب عليه ضمان الحطب والملح وفى النهاية هذا الذى ذكر من الاختلاف اختيار القدورى واما عند غيره فهو مجرى على عمومه فانه لا ضمان بالاتفاق اما عند الامام فلانه لم يهلك من عمله واما عندهما فلانه هلك بعد التسليم وقال القدورى يضمن عندهما مثل دقيقه لانه مضمون عليه فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم (وللطباخ للوليمة) طلب الاجر (بعد الغرف) اى بعد وضع الطعام فى القصاع اعتبارا للغرف وانما قيد للوليمة لانه لو كان لاهل بيته فلا غرف عليه كما فى الجوهرة فان افسده الطباخ او احرقه او لم ينضجه فهو ضامن للطعام واذا دخل الخباز او الطباخ بنار ليخبز بها او يطبخ بها فوقعت منه شرارة فاحترق بها البيت فلا ضمان عليه (ولضارب اللبن) على وزن الكلم اى للذى يتخذ اللبن من الطين طلب الاجرة (بعد اقامته) اى اقامة اللبن عن محله (عند الامام) حتى لو فسد بالمطر قبلها فلا اجر له (وقالا بعد تشريجه) وهو جعل بعض على بعض حتى لو فسد بعد الاقامة قبل النقل فلا اجر له اذ لا يؤمن الفساد قبله وله ان الفراغ هو الاقامة والتشريج عمل زائد كالنقل الى موضع العمارة بخلاف ماقبل الاقامة لانه طين منتشر هذا اذا لبن فى ارض المستأجر وان لبن فى ارض نفسه لا يستحق حتى يسلمه وذلك بالعد بعد الاقامة عنده وعندهما بالعد بعد التشريج قيل الفتوى على قولهما والعرف فى ديارنا على ما قاله الامام (ومن) كان (لعمله اثر فى العين (كصباغ) يظهر لونا فى الثوب (وقصار يقصر بالنشا والبيض) هذا فى ديار الشام ليظهر البياض المستور وكذا حكم قصار يقصر بالماء الصافى كما فى ديارنا كما فى شرح الوقاية لابن الشيخ (فله) اى للمستأجر (حبسها) اى العين (للاجر) لاجل الاجرة حتى يستوفيها وقال زفر ليس له ذلك لان المعقود عليه صار مسلما الى صاحب العين باتصاله بملكه فيسقط حق الحبس به ولنا ان اتصال العمل بالمحل ضرورة اقامة العمل فلم يكن راضيا بهذا الاتصال من حيث انه تسليم بل رضاه فى تحقيق عمل الصبغ ونحوه من الاثر فى المحل اذ لا وجود للعمل الا به وكان مضطرا اليه والرضاء لا يثبت مع الاضطرار هذا اذا كان حالا اما اذا كان مؤجلا فلا يملك حبسها وفى الخلاصة هذا اذا عمل فى دكانه واما اذا عمل فى بيت المستأجر فليس له حق الحبس (فان حبسها) للاجر (فضاعت) العين بلا تعد منه (فلا ضمان) عليه لكونه امانة فى يده كما كان قبل الحبس

(ولا اجرله) اذا هلك المعقود له عليه قبل التسليم هذا عند الامام (وقالا ان شاء المالك ضمنه مصنوعا وله الاجر) لان العمل صار مسلما اليه تقدير الوصول قيمته اليه فصار كالوصار مسلما حقيقة (او غير مصنوع ولا اجر) لان العمل لم يصر مسلما اليه (ومن لا اثر لعمله فيها) اى فى العين (كالحمال والملاح وغاسل الثوب ليس له) اى للعامل (حبسها) اى العين لان المعقود عليه نفس العمل وهو عرض ولا له اثر يقوم مقامها فلا يتصور حبسه ولو حبسها ضمن ضمان الغصب وصاحبها بالخيار ان شاء ضمن المستأجر قيمتها محمولة وله الاجر وان شاء غير محمولة ولا اجر (بخلاف راد الآبق) فانه يحبسه على الجعل وان لم يكن لعمله اثر لانه كان على شرف الزوال والهلاك فاحياه بالرد فكانه باعه فكان له حق الحبس (واذا اطلق) المستأجر (العمل للصانع) ولم يقيد بعمله (فله ان يستعمل غيره) كما اذا امر ان يخيط هذا الثوب بدرهم فاللازم عليه العمل سواء اوفاه بنفسه او باستعانة غيره كالمأمور بقضاء الدين وقوله على ان يعمل اطلاق لا تقييد فله ان يستأجر غيره (وان قيد بعمله بنفسه) بان قال خطه بيدك (فلا) اى فليس له ان يستعمل غيره ولو غلامه او اجيره لان عمله يكون هو المعقود عليه والا فيضمن (ومن استأجره رجل ليجيء بعياله من موضع (فوجد بعضهم) اى بعض العيال (قد مات فاتى بمن بقى) من العيال (فله) اى للاجير (اجره بحسابه) لانه اوفى بعض المعقود عليه فيستحق الاجر بحسابه قال الفقيه ابو جعفر الهند وانى هذا اذا كان عياله معلومين حتى يكون الاجر مقابلا بجملتهم وان كانوا غير معلومين يجب الاجر كله كما فى التبيين فعلى هذا لو قيد المص بقوله لو كانوا معلومين والا فكله لكان اولى وفى الخلاصة فان لم يكونوا معلومين فالاجارة فاسدة (وان استوجر لايصال طعام الى زيد فوجده ميتا) او لم يجده (فرده) اى الطعام (فلا اجر له) لانه نقض المعقود عليه وهو حمل الطعام وايصاله اليه وقال زفر له الاجر لانه بمقابلة الحمل الى البصرة وقد اوفى به وجنى فى رده فلا يسقط بجنايته حقه من اجرته (وكذا) لو استأجر (لايصال كتاب اليه) اى الى زيد (فرده) اى الكتاب (لموته) اى زيد (او غيبته) فلا شيء له عند الشيخين (وقال محمد له اجر ذهابه هنا) اى له الاجر للذهاب فى نقل الكتاب لانه اوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة لان الاجر مقابل لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته ولهما ان المعقود عليه نقل الكتاب لانه هو المقصود او وسيلة اليه وهو العلم بما فى الكتاب لكن الحكم متعلق به وقد نقضه فسقط الاجر هذا موافق لما فى الهداية وشروحها ومخالف لما فى المجمع وشرحه

حيث صرح بان ابا يوسف مع محمد لا مع الامام لكن يمكن الحمل على اختلاف الروايتين (ولو تركه) اى الكتاب (هناك) للورثة وكذا اذا دفع الى وصيه (فله اجر الذهاب اجماعا) لانه اتى باقصى ما فى وسعه هذا اذا شرط المجئ والا وجب كل الاجرة لو ترك الكتاب ثمه كما فى القهستانى وفيه اشارة الى انه لو وجده ولم يوصله اليه لم يجب له شئ من الاجر لانتفاء المعقود عليه وهو الايصال

باب ما يجوز من الاجارة

لما فرغ من ذكر الاجارة وشروطها ووقت استحقاق الاجر ذكر هنا ما يجوز من الاجارة وما لا يجوز (وصح استيجار الدار والحانوت وان) وصلية (لم يذكر ما يعمل فيه) اى فى كل واحد منهما استحسانا لان العمل المتعارف فى كل واحد منهما السكنى فينصرف العقد المطلق اليه والقياس ان لا يجوز للجهالة كالارض والثياب فانهما مختلفان باختلاف العامل والعمل فلابد من البيان (وله) اى للمستأجر (ان يعمل كل شئ) من العمل لانها لا تختلف باختلاف المستعمل فله الوضوء والاغتسال وغسل الثياب وكسر الحطب المعتاد والاستنجاء بحائطه والدق المعتاد اليسير وان يدق فيه وتداو يربط الدواب فى موضع معتاد له و يسكنها من احب سواء كان باجارة او غيرها وليس للاجير ان يدخل دابته الدار المستأجرة بعد ما سكن المستأجر وفيه اشارة الى انه لو قال عند العقد استأجرت هذه الدار للسكنى ليس له ان يعمل فيها غير السكنى كما فى القهستانى (سوى ما يوهن البناء كالحدادة والقصارة والطحن) من غير رضى المالك او اشتراطه ذلك فى عقد الاجارة لان هذه الاشياء توهن البناء والمراد رحى الثور والماء لا رحى اليد فانه لا يمنع من النصب فيه ولو انهدم البناء بهذه الاشياء وجب عليه الضمان لانه متعد فيها ولا اجر عليه لان الضمان والاجر لا يجتمعان وان لم ينهدم وجب عليه الاجر استحسانا والقياس ان لا يجب ولو اختلفا فى اشتراط ذلك كان القول للموجر لانه لو انكر الاجارة كان القول له فكذا اذا انكر نوعا من الانتفاع ولو اقاما البينة كانت بينة المستأجر اولى لانها تثبت الزيادة (و) صح (استيجار الارض للزرع ان بين) المستأجر (ما يزرع) لجريان العادة باستيجارها للزراعة من غير نكير فانعقد الاجماع عليها غير ان ما يزرع فيها يتفاوت فلابد من بيانه (او قال على ان يزرع) فيها (ما يشاء) كيلا يفضى الى المنازعة ولو لم يبين ما يزرع فيها او لم يقل على ان يزرع فيها ما يشاء فسدت الاجارة للجهالة ولو زرعها بعد ذلك لا تعود صحيحة فى القياس كما اذا اشترى بخمر او خنزير وفى الاستحسان

يجب المسمى وينقلب العقد صحيحا وللمستأجر التسرب والطريق بخلاف البيع وفي القنية استأجر ارضا سنة على ان يزرع فيها ما شاء فله ان يزرع زرعين ر بيعيا وخريفيا وفي التنوير آجرها وهي مشغولة بزرع غيره ان كان الزرع بحق لاتجوز ما لم يستحصد الا ان يوجرها مضافة الى المستقبل وان بغير حق صحت (و) صح استيجار الارض (للبناء والغرس) اى غرس الاشجار لان كل واحد منهما نفع مقصود بالاجارة (واذ انقضت المدة) اى مدة الاجارة طويلة كانت او غير طويلة (لزمه) اى المستأجر (ان يقلعهما) اى البناء والغرس (ويسلمها) اى الارض حال كونها (فارغة) عنهما لانه ليس لهما نهاية معلومة حتى يتركا اليها وفي تركهما على الدوام ضرر لصاحب الارض سواء كان باجر او بغيره فوجب القلع وفي القنية استأجر ارضا وقفا وغرس فيها و بنى ثم مضت مدة الاجارة فللمستأجر ان يستبقيها باجر المثل ان لم يكن في ذلك ضرر ولو ابى الموقوف عليهم القلع ليس لهم ذلك انتهى وفي البحر و بهذا تعلم مسئلة الارض المحتكرة (الا ان يغرم) للمستأجر (الموجر) وهو صاحب الارض (قيمة ذلك) اى البناء والغرس (مقلوعا) لان في ذلك نظرا لهما (برضى صاحبه) اى صاحب البناء او الغرس ان لم تنقص الارض بالقلع (وان كانت الارض تنقص بقلعه) اى البناء او الغرس (فبدون رضاه) اى يغرم الموجر قيمته مقلوعا ويتملكه بدون رضى صاحبه (ايضا) اى كما يغرم برضاه ان كانت تنقص بقلعه ومعرفة قيمة ذلك ان يقوم الارض بدون البناء والشجر و يقوم وفيها بناء وشجر ولصاحب الارض ان يقلعه فيضمن فضل ما بينهما (او يرضيا) عطف على ان يغرم اى الا ان يرضى الموجر والمستأجر لكن رضى الموجر يكفي فلا حاجة الى رضى المستأجر لما قالوا في تعليله لان الحق له فاذا رضى باستمراره على ما كان باجرا و بغير اجر كان له ذلك تأمل (بتركه) اى بترك كل واحد من البناء والغرس على الارض (فيكون البناء والغرس لهذا) اى للمستأجر (والارض لهذا) اى للموجر الذى هو صاحب الارض (والرطبة) في الارض المستأجرة وكذا الكراث ونحوها (كالشجر) في القلع اذا انقضت المدة اذ ليس لانتهائهما مدة معلومة (والزرع يترك) على الارض (باجر المثل الى ان يدرك) لان له نهاية معلومة فيوجد في التأخير مراعاة الحقين بخلاف موت احدهما قبل ادراكه فانه يترك بالمسمى على حاله الى الحصاد وان انفسخت الاجارة لان ابقاءه على ما كان عليه اولى مادامت المدة باقية ويلحق بالمستاجر المستعير فيترك الى ادراكه باجرة المثل كما في المنح واما الغاصب فيؤمر بالقلع مطلقا (و) صح (استيجار الدابة للركوب والحمل و) استيجار

(الثوب للبس) لجريان العادة بذلك (فان اطلق) الموجر للمستأجر الركوب اواللبس بمعنى ان يقول على ان يركبها من شاء ويلبس الثوب من شاء (فله) اى للمستأجر (ان يركب من شاء و يلبس من شاء) لانه يختلف باختلاف الراكب واللابس فلايجوز الابالتعيين او بان يشترط ان يفعل ماشاء وفى التبيين ولولم يبين ولم يقل ان يفعل فيها ماشاء فسدت الاجارة للجهالة (فاذا ركب) الدابة (او لبس) الثوب (هو) اى المستأجر نفسه (اوار كب) المستأجر الدابة (اوالبس)الثوب (غيره تعين) مرادا من الاصل (فلايستعمله غيره) فصار كالنص عليه ابتداء وفى البحر واذا تكارى قوم مشاة ابلا على ان المكارى يحمل عليه من مرض منهم اومن عين منهم فهو فاسد (وان قيد) الموجر (براكب) معين (اولابس) معين (فخالف ضمن) المستأجر اذاهلكت الدابة اوالثوب لان الناس يتفاوتون فى العلم بالركوب واللبس ولااجر عليه وان سلم لانه مع الضمان ممتنع (وكذا كل مايختلف باختلاف المستعمل) فى كونه يضمن اذاهلك مع المخالفة والتقييد (ومالايختلف به) اى باختلاف المستعمل (فتقييده)اى تقييد الموجر بشخص معين (هدر فلو شرط) الموجر (سكنى واحد بعينه) فى اجارة الدار (جاز) للمستأجر (ان يسكن غيره) لان الشرط ليس بمفيد لعدم التفاوت فى السكنى ومايضر بالبناء كالحدادة والقصارة فهو خارج بدلالة العادة والفسطاط كالدار عند محمد وعند ابى يوسف هوكاللبس لاختلاف الناس فى ضربه ونصب اوتاده واختيار مكانه (وان سمى مايحمل على الدابة نوعا وقدرا ككر بر) يحمله على الدابة التى استأجرها (فله) اى للمستأجر (حمل مثله اوما اخف منه) فى الضرر (كالشعير والسمسم لا)اى ليس له ان يحمل عليها (ماهو اضر منه) كالملح لان الاصل ان من استحق منفعة مقدرة بالعقد فاستوفى اكثر منها لم يجز فله ان يحمل كر حنطة لغيره لو استأجرها بحمل كر حنطة لانه مثله وله حمل كر شعير لانه دونه والقياس ان يضمنه بالحمل عليها خلاف الجنس كيف ما كان للمخالفة وجه الاستحسان ان التقييد انما يعتبر اذا كان مفيدا ولافائدة هنا وفيه اشارة بان سمى مقدارا من الحنطة وزنا فحمل مثل ذلك الوزن من الشعير او القطن يضمن لانه يأخذ من ظهر الدابة اكثر من البر كما فى شرح الكنز لكن ذكر فى الذخيرة فى هذا ايضا عدم الضمان وقال شيخ الاسلام انه لايضمن استحسانا وهو الاصح لان ضرر الشعير او القطن مثل ضرر الحنطة فى حق الدابة عند استوائهما وزنا و به يفتى الصدر الشهيد كما فى النهاية (وان سمى قدرا من القطن فليس له ان يحمل مثل وزنه حديدا) لانه يجتمع فى مكان واحد من ظهرها فيضرها

اكثر (وان زاد على ماسمى فعطبت) الدابة (ضمن قدر الزيادة ان كان تطيق ماحملها) لانها عطبت بما هو مأذون فيه وغير مأذون فيه والسبب الثقل فانقسم عليهما حتى لو كان المأذون مائة من وزاد عليه عشرين منا يضمن سدس الدابة واشار بالزيادة الى انها من جنس المسمى فلو حمل جنسا آخر غير المسمى وجب جميع القيمة والى انه حمل الزيادة مع المسمى معا فلو حمل المسمى وحده ثم حمل الزيادة وحدها فهلكت ضمن جميع القيمة كما فى البحر (والا) اى وان لم تطق ماحملها (فكل القيمة) لعدم الاذن فيه هذا اذا حملها المستأجر اما اذا حملها صاحبها بيده فلا ضمان على المستأجر وان حملا معا وجب النصف على المستأجر ولو حمل كل واحد جرابا وحده لاضمان على المستأجر ويجعل حمل المستأجر ماكان مستحقا بالعقد ولم يتعرض المص الاجر اذا هلك وفى العناية ان عليه الكراء لايقال كيف اجتمع الاجر والضمان لانا نقول الاجر فى مقابلة الحمل المسمى والضمان فى مقابلة الزائد وفى البحر ولم يتعرض للاجر اذا سلمت ولم اره صريحا والقواعد تقتضى ان يجب المسمى فقط اما اذا حمله الحمال بنفسه وحده فلا كلام واما اذا حمله المستأجر زائدا على المسمى فمنافع الغصب لاتضمن عندنا ومن هنا يعلم حكم المكارى فى طريق مكة وان كان لايحمل المستأجر الزيادة على المسمى الا برضى صاحب الدابة ولهذا قالوا ينبغى ان يرى المكارى جميع مايحمله انتهى (وفى الارداف يضمن النصف) اى المستأجر اذا استأجر الدابة ليركبها فاردف معه رجلا فعطبت يضمن المستأجر نصف قيمتها (ولا عبرة بالثقل) لان ركوب العالم بالفروسية لايضر وان ثقل وركوب غير العالم اضر وان خف هذا اذا كانت الدابة تطيق حمل الاثنين وان لم تطق حملهما يضمن كل القيمة وقالوا هذا اذا كان الرديف يستمسك بنفسه وان كان صغيرا لايستمسك يضمن بقدر ثقله وقيد بالارداف لانه اذا حمله على عاتقه فانه يضمن جميع القيمة ثم للمالك الخيار ان شاء ضمن الرديف وان شاء ضمن الراكب فالراكب لا يرجع بما ضمن والرديف يرجع ان كان مستأجرا والا فلا كما فى التبيين وغيره (وان كبحها) اى الدابة من كبحت الدابة بلجامها اذا ردها وهو ان يجذبها الى نفسه لتقف ولا تجرى (او ضربها فعطبت) اى هلكت (ضمن) عند الامام لانه فعل غير مأذون فيه (خلافا لهما) اى لا يضمن عندهما وعند الائمة الثلاثة (فيما هو معتاد) لان الضرب فى السير معتاد فكان مأذونا فيه بخلاف غير المعتاد وفى العناية ان ضربه للدابة يكون تعديا موجبا للضمان قيد بالكبح لان بالسوق لايضمن اتفاقا (وان تجاوز بها) اى بالدابة (مكانا سماه) فعطبت (ضمن) قيمتها لانه صار غاصبا (ولا يبرأ) عن الضمان (ردها)

اى الدابة (الى ماسماه) اى الى مكان سماه (وان) وصلية (استأجرها دهابا وايابا فى الاصح) وقال زفر لايضمن لانه لما عاد الى الوفاق برئ عن الضمان كالمودع ولنا ان يد المستأجر ليست يد المالك ولابد من الرد اليه بعد التعدى و بالعود لايكون رادالها اليه بخلاف المودع فان يده يد المالك فى الحفظ فاذا عاد المودع الى الوفاق عاد الى يد المالك حكما فقوله فى الاصح احتراز عما قيل انما يضمن اذا استأجر ذاهبا فقط لاجائيا لان الاجارة انتهت الى ذلك الموضع فيضمن بالتجاوز عنه قال صاحب الهداية الاطلاق اصح وقال صاحب الكافى التقييد اصح (وان نزع سرج الحمار) الذى اكتراه بسرج (واسرجه بمايسرج به مثله) فهلكت (لايضمن) اتفاقا لانه اذا كان يماثل الاول تناوله اذن المالك اذلا فائدة فى التقييد بغيره الا اذا كان زائدا عليه فى الوزن فح يضمن الزيادة كما فى الهداية (وان اسرجه اواوكفه بمالايسرج) متعلق بقوله اسرجه (او بمالايوكف به) متعلق بقوله اوكفه (مثله) فهلكت (ضمن) جميع قيمته لانه لم يتناوله الاذن من جهته فصار مخالفا (وكذا ان اوكفه بمايوكف به مثله) عند الامام لان الاكاف يستعمل بغير مايستعمل له السرج وهوالحمل واره يخالف ايضا لانه لاينبسط انبساط السرج فكان فى حق الدابة خلافا الى جنس غير المسمى فلم يصر مستوفيا شيئا من المسمى فيضمن الكل قيد بكونه لايسرج مثله لانه اذااستأجرها باكاف فاوكفها باكاف مثله او اسرجها مكان الاكاف لايضمن كما فى الخلاصة وفى البحر لواستأجرها عريانة فاسرجها وركبها ضمن قال مشايخنا اذا استأجرها من بلد الى بلد لايضمن وان استأجرها ليركبها فى المصر ان كان المستكرى من الاشراف لايضمن ثم قال وفى الكافى الضمان مطلقا من غير تفصيل المشايخ وكان هو المذهب لانه ظاهر الرواية كما لايخفى انتهى (وقالا يضمن قدر مازاد وزنه على السرج فقط) حتى لوكان وزن الاكاف ضعف وزن السرج ضمن نصف قيمتها لانعدام الاذن فى قدر الزيادة والجواب قدمر آنفا وفى العناية ولم يبين مقدار المضمون اتباعا لرواية الجامع الصغير لانه لم يذكر فيه انه ضامن لجميع القيمة ولكنه قال هو ضامن وذكر فى الاجارات يضمن بقدر مازاد فمن المشايخ من قال ليس فى المسئلة روايتان وانما المطلق محمول على المفسر ومنهم من قال فيها روايتان فى رواية الاجارات يضمن مازاد وفى رواية الجامع يضمن جميع القيمة وقال شيخ الاسلام وهذا اصح وتكلموا فى معنى قولهما يضمن بحسابه وهو احدى الروايتين عن الامام منهم من قال انه يقدر بالمساحة حتى اذا كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والاكاف قدر اربعة اشبار يضمن بحسابه وقيل يعتبر بالوزن

(وان سلك الحمال طريقا غير ما عينه المالك مما يسلكه الناس فلا ضمان عليه) اى على الحمال (ان لم يتفاوت الطريقان) لان التقييد غير مفيد عند عدم التفاوت (وان تفاوتا) اى الطريقان بان كان الطريق المسلوك اعسر او ابعد او اخوف من الطريق الآخر (او كان) الطريق المسلوك (مما لا يسلكه الناس) وان لم يكن بين الطريقين تفاوت كما فى شرح الوقاية لابن الشيخ وغيره فعلى هذا ظهر لك عدم فهم من قال من انه لاحاجة اليه لان تفاوت الطريقين يغنى عنه و يمكن دفعه بالتكلف انتهى لانه لابد من ذكر هذه المسئلة لانها مستقلة تتبع قيد بالتعيين لانه لو لم يعين لاضمان وفى الخلاصة الحمال اذا انزل فى مفازة وتهيأله الانتقال فلم ينتقل حتى فسد المتاع بمطر او سرقة فهو ضامن اذا كانت السرقة والمطر غالبا (او حمله) اى حمل الحمال المتاع (فى البحر) اذا قيد بالبر (فتلف) المتاع فى هذه الصور (ضمن) الحمال لصحة التقييد اما اذا تفاوتا اولا يسلكه الناس فظاهر واما اذا حمله فى البحر فلخطر البحر ولندرة السلامة اطلقه فشمل ما اذا كان مما يسلك الناس اولا وقيدنا بكونه قيد بالبر لانه لو لم يقيد به لاضمان كما فى البحر (وان بلغ) قال الاتقانى اسماع بلغ بالتشديد اى ان بلغ الحمال المتاع ذلك الموضع الذى اشترط و يجوز بالتخفيف على اسناد الفعل الى المتاع اى اذا بلغ الى ذلك الموضع كما فى البحر (فله الاجر) اى للحمال لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى فلا يلزم اجتماع الاجر والضمان لانهما فى حالتين كما فى شرح الكنز للعينى (وان عين زرع بر فزرع رطبة) اى من استأجر ارضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة (ضمن مانقصت الارض) لان الرطاب اكثر ضررا بالارض من البر لانتشار عروقها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شر مع اختلاف الجنس فيجب عليه جميع النقصان (ولا اجر عليه) لانه لما خالف صار غاصبا فاستوفى المنفعة بالغصب فلا يجب الاجر به قال العينى وان زرع ما هو اقل ضررا من البر لا يجب عليه الضمان ويجب عليه الاجر لانه خلاف الى خير فلا يصير به غاصبا وفى المنح ماذكر ههنا من عدم وجوب الاجر ووجوب مانقص من الارض هو مذهب المتقدمين من المشايخ واما مذهب المتأخرين فيجب اجر المثل على الغاصب اذا كانت الارض للوقف او لليتيم او اعدها صاحبها للاستغلال كالخان ونحوه (وان امر بخياطة الثوب قميصا فخاطه قباء خير المالك بين تضمين قيمته) اى الثوب (و بين اخذ القباء ودفع اجر مثله) لانه لما كان يشبه القميص من وجه لان الاتراك يستعملونه استعمال القميص كان موافقا من وجه مخالفا من وجه فان شاء مال الى جانب الوفاق واخذ الثوب وان شاء مال الى جانب الخلاف وضمنه الشىء وانما وجب اجر المثل

دون المسمى لان صاحبه انما رضي بالمسمى عند حصول المقصود من كل وجه ولم يحصل (لايزاد على ماسمى) كما هو الحكم فى سائر الاجارات الفاسدة وفى البحر اطلقه فشمل ماإذا كان يستعمل استعمال القميص وما اذا شقه وجعله قباء خلافا للاسبيجابى فى الثانى حيث اوجب فيه الضمان من غير خيار وعن الامام انه لاخيار لرب الثوب فى الكل بل يضمنه قيمة الثوب (وكذا) خير المالك (لو امر بقباء فخاطه سراويل فى الاصح) للاتحاد فى اصل المنفعة وصار كمن امر بضرب طست من شبه فضرب منه كوزا فانه يخير فكذا ههنا (وقيل يضمنه هنا بلا خيار) للتفاوت فى المنفعة

﴿ باب الاجارة الفاسدة ﴾

وجه التأخير عن الصحيحة ظ (يجب فيها) اى فى الاجارة الفاسدة (اجر المثل لايزاد على المسمى) المعلوم عندنا وعند زفر والائمة الثلاثة يجب الاجر بالغا مابلغ اعتبارا ببيع الاعيان ولنا ان المنافع غير متقومة بنفسها بل بالعقد ضرورة حاجة الناس وقد اسقط المتعاقدان بالتسمية الزيادة فيه واذا نقص اجر المثل لايجب زيادة المسمى لفساد التسمية بخلاف البيع لان تقوم الاعيان ليس بضرورى فالحاصل ان المسمى ان كان مساويا لاجر المثل اوزاد عليه فاجر المثل وان كان اقل منه فالمسمى كما فى القهستانى هذا اذالم يكن الفساد لجهالة المسمى اولعدم التسمية فان كان لجهالة المسمى اولعدم التسمية يجب اجر مثله بالغا مابلغ وكذا اذا كان بعضه معلوما و بعضه غير معلوم مثل ان يسمى دابة اوثوبا او يستأجر الدار او الحمام على اجرة معلومة بشرط ان يعمرها او يرمها وقالوا اذا استأجر دارا على ان لايسكنها المستأجر فسدت الاجارة و يجب عليه اجر المثل بالغا مابلغ ان سكنها (ومن استأجر دارا كل شهر بكذا صح العقد فى شهر واحد فقط) وفسد فى الباقى لان كلمة كل للعموم وقد يتعذر العمل بها لان الشهور لانهاية لها والواحد معين فيصح فيه واذاتم الشهر كان لكل منهما فسخ الاجارة لانتهاء العقد الصحيح من غير محضر صاحبه على قول ابى يوسف و بمحضره على قولهما وقيل لايفسخ الا بمحضر صاحبه بالاتفاق (الا ان يسمى جملة الشهور) اى الا ان يعين كل الاشهر بان يقول آجرتها عشرة اشهر كل شهر بدرهم مثلا لانه حينئذ تعلم المدة فيصح العقد فيها بالاجماع (وكل شهر سكن) المستأجر (منه) اى من الشهر (ساعة صح فيه) اى فى ذلك الشهر الذى سكن ساعة منه لرضائهما بذلك (وسقط حق الفسخ) اى لايكون للموجر اخراجه الى ان ينقضى ذلك

الشهر الابعذر لانه تم العقد به لتراضيهما في اوله وهذا هو القياس وقدمال اليه بعض المتأخرين (وظاهر الرواية بقاؤه) اى بقاء حق الفسخ (في الليلة الاولى و يومها) اى لكل واحد منهما الخيار في الليلة الاولى من الشهر الداخل و يومها وبه يفتى كما في اكثر المعتبرات لان ذلك رأس الشهر وفي اعتبار اول الشهر نوع حرج لتعذر اجتماع المتعاقدين في ساعة رؤية الهلال ولو فسخ في اثناء الشهر لم ينفسخ وقيل ينفسخ اذا خرج الشهر ولو قال في اثناء الشهر فسخت رأس الشهر ينفسخ اذا اهل الشهر بلا شبهة ولو قدم اجرة شهرين او ثلثة وقبض الاجرة لا يكون لواحد منهما الفسخ فيما عجل (وان آجرها) اى الدار (سنة بكذا صح وان) وصلية (لم يبين قسط كل شهر) لان المنفعة صارت معلومة ببيان المدة والاجرة معلومة فتصح وتقسم الاجرة على الاشهر على السواء ولا يعتبر تفاوت الاسعار باختلاف الزمان (وابتداء المدة) اى مدة الاجارة (ما سمى) ان وقعت التسمية بان يقول من شهر رجب من هذه السنة مثلا (والا) اى ان لم يقع تسميته (فوقت العقد) هو المعتبر في ابتداء المدة لان الاوقات كلها سواء في حكم الاجارة وفي مثله يعين الزمان الذي يلي العقد كالاجل واليمين ان لا يتكلم فلانا شهرا هذا اذا كان العقد مطلقا من غير تعيين المدة وان بين المدة تعين ذلك وهو ظاهر (فان كان) عقد الاجارة (حين يهل) على صيغة المفعول بمعنى يبصر الهلال والمراد من الحين اليوم الاول من الشهر دون ليله كما في اليمين (تعتبر) السنة كلها (بالاهلة) لانها هي الاصل في الشهور قال الله تعالى يسئلونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس (والا) اى وان لم يكن العقد حين يهل الهلال بل كان بعد ما مضى من الشهر (فبالايام) اى فتعتبر الايام في الشهور بالعدد وهو ان يعتبر كل شهر ثلثون يوما هذا عند الامام لانه لما تعذر اعتبار الشهر الاول بالاهلة تعذر اعتبار الثانى والثالث ايضا لان الشهر الاول لما وجب تكميله من الثانى لكونه متصلا به انتقص الثانى ايضا فوجب تكميله من الثالث وهكذا الى آخر المدة (وعند محمد الاول) اى الشهر الاول (بالايام والباقى بالاهلة) لان الاصل في الشهور اعتبارها بالاهلة عند الامكان وقد امكن ذلك في الشهور المتخللة وتعذر بالاول فيكمل بالايام الشهر الآخر (وابو يوسف معه) اى مع محمد (في رواية ومع الامام في اخرى وكذا العدة) فان الايقاع اذا كان حين يهل الهلال تعتبر شهور العدة بالاهلة وهذا بلا خلاف واذا كان في اثناء الشهر ففي حق تفريق الطلاق يعتبر بالايام اتفاقا وكذا في حق انقضاء العدة عنده واما عندهما فيعتبر شهر واحد بالايام وشهران بالاهلة وذكر في النهاية ان العدة في هذه الصورة تعتبر بالايام

اتفاقا كما فى القهستانى (ويجوز اخذ) الحمامى (اجرة الحمام) للتوارث والتعارف قال صلى الله تعالى عليه وسلم مارآه المؤمنون حسنا فهو عندالله حسن فلاتعتبر جهالة المنفعة فى مثل هذا ومن العلماء من كره الحمام لانه شربيت باشارة النبى عليه السلام وكره بعضهم اتخاذه للنساء لانه قلما يخلو اجتماعهن عن فتنة والصحيح انه لابأس باتخاذه للرجال والنساء جميعا للضرورة كما فى اكثر المعتبرات (و) يجوز اخذ (الحجام) اجرته لما روى انه صلى الله تعالى عليه وسلم احتجم واعطى اجرته فكان قوله عليه السلام ان من حرام السحت كسب الحجام منسوخا بما روى (لا) يجوز (اخذ اجرة عسب التيس) هو ان يواجر فحلا لينزو على الاناث لقوله عليه السلام ان من السحت عسب التيس بمعنى اخذ اجرة عسب التيس على حذف المضاف والمضاف اليه لان حقيقة العسب ليس بمكروه لانه سبب لبقاء النسل ولان الاستيجار للاحبال والانزاء وهو امر موهوم غير معلوم (ولا) يجوز اخذ الاجرة عند المتقدمين (على الطاعات) وفى شرح الوافى والمذهب عندنا ان كل طاعة يختص بها المسلم فالاستيجار عليها باطل (كالاذان والحج والامامة) والتذكير والتدريس والغزو (وتعليم القرآن والفقه) وقراءتهما لان القربة تقع على العامل ولقوله عليه السلام اقرؤا القرآن اى علموا ولاتأكلوا به بخلاف بناء المساجد واداء الزكوة وكتابة المصحف والفقه وتعليم الكتابة والنجوم والطب والتعبير والعلوم الادبية فان اخذ الاجرة فى الجميع جائز بالاتفاق وقال الشافعى يجوز فى كل مالايتعين على الاجير وعند مالك يجوز على الامامة اذا جمعها مع الاذان (او المعاصى) اى لايجوز اخذ الاجرة على المعاصى (كالغناء والنوح والملاهى) لان المعصية لايتصور استحقاقها بالعقد فلايجب عليه الاجر وان اعطاه الاجر وقبضه لايحل له ويجب عليه رده على صاحبه وفى المحيط اذا اخذ المال من غير شرط يباح له لانه عن طوع من غير عقد وفى شرح الكافى لايجوز الاجارة على شئ من الغناء والنوح والمزامير والطبل اوشئ من اللهو ولاعلى قراءة الشعر ولااجر فى ذلك وفى الولوالجى رجل استأجر رجلا ليضرب له الطبل ان كان للهو لايجوز وان كان للغزو او القافلة او العرس يجوز لانه طاعة (ويفتى اليوم بالجواز) اى بجواز اخذ الاجرة (على الامامة وتعليم القرآن والفقه) والاذان كما فى عامة المعتبرات وهذا على مذهب المتأخرين من مشايخ بلخ استحسنوا ذلك وقالوا بنى اصحابنا المتقدمون الجواب على ما شاهدوا من قلة الحفاظ ورغبة الناس فيهم وكانت لهم عطيات من بيت المال وافتقاد من المتعلمين فى مجازاة الاحسان بالاحسان من غير شرط مروة يعينونهم

على معاشهم ومعادهم وكانوا يفتون بوجوب التعليم خوفا من ذهاب القرآن وتحريضا على التعليم حتى تنهضوا لاقامة الواجب فتكثر حفاظ القرآن واما اليوم فذهب ذلك كله وانقطعت العطيات من بيت المال بسبب استيلاء الظلمة واشتغل الحفاظ بمعاشهم وقلما يعلم حسبة ولا يتفرغون ايضا فان حاجتهم يمنعهم من ذلك فلو لم يفتح باب التعليم بالاجر لذهب القرآن فافتوا بجوازه لذلك ورأوه حسنا وقالوا الاحكام قد تختلف باختلاف الزمان الا يرى ان النساء كن تخرجن الى الجماعات فى زمانه عليه السلام وزمان ابى بكر الصديق رضى الله تعالى عنه حتى منعهن عمر رضى الله تعالى عنه واستقر الامر عليه وكان ذلك هو الصواب كما فى التبيين وفى النهاية يفتى بجواز الاستيجار على تعليم الفقه ايضا فى زماننا وفى الخانية خلافه تتبع وفى المجمع يفتى بجواز الاستيجار على التعليم والفقه والامامة كذا فى الذخيرة والروضة ولا يجوز استيجار المصحف وكتب الفقه لعدم التعارف كما فى شرح الكنز للعيني (ويجبر المستأجر) وهو الصبي او وليه (على دفع ماسمى) من الاجر (ويحبس به) اى بالاجر الذى سمى (و) يجبر (على) دفع (الحلوة المرسومة) الحلوة بفتح الحاء المهملة هدية تهدى الى المعلمين على رؤس بعض سور القران سميت بها لان العادة اهداء الحلاوى وهى لغة ما يستعملها اهل ماوراء النهر حتى لو لم يكن بينهما قول وشرط يؤمر بارضائه المعلم وفى الخانية وغيرها رجل استأجر رجلا ليعلم ولده اوعبده الحرفة فيه روايتان فى رواية المبسوط تجوز وفى رواية القدورى لا تجوز فان بين لذلك وقتا معلوما سنة او شهرا جازت الاجارة ويستحق المسمى تعلم الولد اولم يتعلم وان لم يبين لذلك وقتا لا تصح الاجارة وله اجر المثل ان تعلم الولد والعبد وان لم يتعلم فلا اجر له وفى الجواهر استوجروا لحمل جنازة مسلم اولغسل ميت فان كان فى موضع لا يوجد من يغسله غير هؤلاء فلا اجر لهم وان كان فى موضع فيه اناس غيرهم فلهم الاجر وفى النتف اجارة السفن جائزة وهى على وجهين احدهما ان يستأجرها مدة معلومة والآخر ان يستأجرها الى مكان معلوم وكلاهما جائزان ان مضت المدة وهى فى البحر فله ان يمسكها حتى تخرج من البحر ويعطيه اجر مثلها وكذا اجارة الخيام والفسطاط جائزة وله ان ينصب ذلك كما ينصب الناس فان احترق فى الشمس او فسد فى السفر من المطر او الثلج او تخرق من غير عنف اوخلاق فلا ضمان وكذا اجارة الاسلحة جائزة وله ان يقاتل ولا ضمان عليها ان هلكت وان تعدى عليها فهلك فعليه الضمان ولا اجر عليه (ولا تصح اجارة المشاع) سواء كان الشيوع فيما يحتمل القسمة كالعروض او فيما لا يحتمل القسمة كالعبد عند الامام لان اجارة الدار مثلا انما هى للانتفاع بينها وهذا غير

متصور في المشاع حيث لا يمكن التسليم بخلاف بيعه والمراد من الشيوع الشيوع الاصلي لان الطارى لا نفسد الاجارة في ظاهر الرواية عند الامام وعنه يفسدها (لا من الشريك) فانه يجوز مشاعا بالاجماع في ظاهر الرواية عن الامام لان الكل مجتمع على ملكه فلا يلزم الشيوع وعنه لا يجوز ايضا ثم اختلف المشايخ على قول الامام قيل لا ينعقد حتى لا يجب الاجر اصلا وقيل ينعقد فاسدا حتى يجب اجر المثل وهو الصحيح (وعندهما تصح) اجارة المشاع (مطلقا) سواء آجر نصيبه شريكه اوغيره لانه نوع تمليك فيجوز كالبيع وبه قال الشافعي ومالك والحيلة في جواز اجارة المشاع ان يستأجر الكل ثم يفسخ في النصف فانه يجوز لان الشيوع الطارى لا يفسدها كما مر ويحكم الحاكم بجوازه وفي المغني الفتوى في اجارة المشاع على قولهما لكن في الخانية وغيرها الفتوى على قول الامام وبه جزم اصحاب المتون والشروح فكان هو المذهب كما في المنح (وان آجر دارا من رجلين صح اتفاقا) لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع لتفرق الملك بينهما طارئ (ويجوز استيجار الظئر) وهي مرضعة (باجر معلوم) والقياس ان لا يصح كاجارة البقرة او الشاة ليشرب لبنها واجارة البستان ليأكل ثمره وجه الاستحسان قوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن وعليه انعقد الاجماع وقد جرى به التعامل في الاعصار بلا نكير لانه عقد على منفعة هي تربية الصبي واللبن تابع وهو اختيار صاحب الذخيرة والايضاح واقرب الى الفقه كما في الهداية وهو الصحيح كما في الكافي وقيل عقد على اللبن لانه المقصود والخدمة تابعة وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وفي العناية كلام فليطالع (وكذا) يجوز استيجارها (بطعامها وكسوتها) استحسانا عند الامام لان الجهالة هنا لا تفضي الى النزاع لان العادة جارية بالتوسعة على الظئر شفقة على الولد (خلافا لهما) اي قالا لا يجوز قياسا للجهالة وهو قول الشافعي وفي الجامع الصغير ان سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة واجلها وبين ذراعها جاز اجماعا ومعنى تسمية الطعام دراهم ان تجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام عوضا ولو بين جنس الطعام ووصفه وقدره جاز ايضا وفي الطعام لا يشترط الاجل (وعليها) اي على الظئر (غسل الصبي وغسل ثيابه) عن البول والغائط لا عن الوسخ (واصلاح طعامه) بالمضغ او الطبخ (ودهنه) بفتح الدال اي جعل الصبي مطلى بالدهن بالضم لان كلا منها عليها عرفا والعرف معتبر فيما لا نص فيه (ولا) يجب على الظئر (ثمن شئ منها) اي من هذه المذكورات (بل هو) اي ثمن طعامه ودهنه وما غسل به ثيابه من الصابون ونحوه (واجرها) اي اجر الظئر (على من نفقته) اي نفقة

الصبي (عليه) سواء كان والده اوغيره ممن تجب عليه نفقته فلومات ممن تجب عليه نفقته فعلى الوصى من مال الصبى فلاتبطل الاجارة بموته وقال ابو بكر انها تبطل اذا كان للصبي مال كما فى القهستانى وما ذكر محمد من ان الدهن والريحان على الظئر فبناء على ما هو عرف الكوفة ثم فرعه بقوله (فان ارضعته) اى ان ارضعت الظئر الصبى بمعنى اوجرته فقولهم فان ارضعته يكون من قبيل المشاكلة (فى المدة) اى فى مدة الرضاع (بلبن شاة) فى فمه (او غدته) من التغذية (بطعام) ومضت المدة (فلا اجرلها) لانها لم تأت بالعمل الواجب عليها وهو الارضاع وهذا ايجار وليس بارضاع وهو غير ماوقع عليه عقد الاجارة ولهذا لواوجر الصبى بلبن الظئر فى المدة لم تستحق الاجرة فعلم بهذا ان المعقود عليه هو الارضاع والعمل دون العين وهو اللبن كما فى النهاية وفى المحيط لواستأجر شاة لترضع جديا اوصبيا لايجوز لان للبن البهائم قيمة فوقعت الاجارة عليه وهو مجهول فلا يجوز وليس للبن المرأة قيمة فلاتقع الاجارة عليه وانما تقع على فعل الارضاع والتربية والحضانة وفى القهستانى فان جحدته الظئر فالاعتبار ليمينها ولبينتهم وان اقام كل بينة فبينتها وهذا اذا شهدوا انها ارضعته بلبن شاة وما ارضعته نفسها فلواكتفى بالنفى لم تقبل لانها شهادة على النفى بخلاف الاول فان النفى فيها دخل فى ضمن الاثبات كما فى المحيط وفى الغرر بخلاف ما اذا دفعته الى خادمتها حتى ارضعته حيث تستحق الاجر (ولزوجها) اى لزوج الظئر (وطئها) اذا اراد لانه حقه فلا يتمكن المستأجر من ابطاله (لا) وطئها (فى بيت المستأجر) اذا منع المستأجر على الوطئ فيه لانه ملكه فيمنعه فان لم يمنع بل اذن فيه جاز (وله) اى لزوج الظئر (فسخها) اى الاجارة (ان لم تكن) الاجارة (برضاه) سواء كان تشينه اجارتها بان كان وجيها بين الناس اولم تشنه فى الاصح لكن ليس على الاطلاق بل (ان كان نكاحه) اى نكاح الزوج (ظاهرا) بين الناس اويكون عليه شهود صيانة لحقه (لا) اى ليس له ان يفسخ الاجارة (ان اقرت) المرأة (به) اى بالنكاح لان الاقرار حجة قاصرة غير مقبولة فى ابطال حق الغير وهو المستأجر (ولاهل الطفل فسخها) اى الاجارة (ان مرضت) الظئر (او حبلت) لان الحبلى والمريضة تضر بالصغير وكذا تفسخ المرضعة اذا مرضت او حبلت ان خيف عليها وكذا تفسخ اذا تقيأ لبنها اوكانت سارقة اوفاجرة بابتا فجورها بخلاف ما اذا كانت كافرة كما فى شرح الكنز وغيره وما فى القهستانى من انه صح استيجار الظئر الكافرة والفاجرة لكن نهى عن ارضاع الحمقاء نوع مخالفة الا ان يراد بالفاجرة غير بابت فجورها او يراد

صحة الاستيجار فقط وكذا تفسخ اذا كان الصبي لا يأخذ ثديها ولها ايضا فسخها اذا كانت تتاذى منهم وكذا اذا لم تجر عادة بارضاع ولدغيرها ولاتفسخ بموت اب الصبي لان الاجارة واقعة للصبي لاللاب سواء كان له مال اولم يكن بخلاف موت الصبي اوالظئر فانهما انتقضت ولوسافرت هي واهل الصبي تفسخ الاجارة (وفسد استيجار حائك لينسج له غزلا بنصفه) اى بنصف الغزل اوثلثه (او) استيجار (حمار ليحمل عليه طعاما) الى بيته (بقفيز منه) اى من الطعام بان جعل القفيز اجرته (او) استيجار (ثور ليطحن له برا بقفيز من دقيقه) اى دقيق ذلك البرامافساد الاولى والثانية فلانه جعل الاجر بعض مايخرج من عمله فصار فى معنى قفيز الطحان وقدنهى عنه رسول الله عليه السلام والمعنى فيه ان المستأجر عاجز عن تسليم الاجر لانه بعض مايخرج من عمل الاجير والقدرة على التسلم شرط لصحة العقد وهو لايقدر بنفسه وانما يقدر بغيره فلايعد قادرا ففسد قال ابو المكارم قال قاضيخان يجوز النسج بالثلث اوالربع وبه اخذ الفقيه ابوالليث والامام الحلوانى والامام ابو على النسفى (ويجب اجر المثل فى الكل لايجاوز المسمى) لان الاجارة لما فسدت وجب الاقل من المسمى ومن اجر المثل لرضاه بحط الزيادة بخلاف مااذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لايجب الاجر لان الاجير فيه ملك النصف فى الحال بالتعجيل فصار حاملا طعاما مشتركا بينهما وبحمل طعام مشترك بينهما لايجب الاجر اذ مامن جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه وفى المنح اشكال وجواب ان شئت فارجع وفى الهداية بخلاف مااذا اشتركا فى الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا مابلغ عند محمد لان المسمى هناك معلوم فلم يصح الحط وعند ابى يوسف لايجاوز باجرة نصف ثمن ذلك لانه رضى بنصف المسمى حيث اشترك هذا اذا احتطب احدهما وجمع الاخر واما اذا احتطبا جميعا فهما شريكان على السواء كما فى النهاية والعناية وفى التنوير استأجره ليصيدله اويحتطب فان وقت جاز والا لا الا اذا عين الحطب وهو ملكه (وان استأجره ليخبز له اليوم قفيزا بدرهم فسد) العقد عند الامام لان المعقود عليه مجهول لذكره فيه امرين يحتمل كل منهما ان يكون معقودا عليه العمل والوقت فالعمل ينفع المستأجر لانه لايعطى الاجر الى الموجر الابعد تمام العمل والوقت ينفع الاجير لانه يستحق الاجر بمضى المدة سواء عمل اولم يعمل ولا رجحان فى احدهما فيؤدى الى النزاع ولوكان المعقود عليه كليهما يلزم ان يعمل مستغرقا لهذا اليوم فذلك مما لايقدر عليه احد عادة

(خلافا لهما) اى قالا هذه جائزة ويكون العقد على العمل دون اليوم حتى اذا فرغ منه نصف النهار فله الاجر كاملا وان لم يفرغه فى اليوم فعليه ان يعمل فى الغد لان المعقود عليه هو العمل وذكر اليوم للتعجيل (ولو قال فى اليوم) بكلمة فى (صح اتفاقا) لان كلمة فى للظرف لا لتقدير المدة فلا يقتضى الاستغراق فكان المعقود عليه هو العمل وهو معلوم بخلاف ما اذا حذفت فى فانه يقتضى الاستغراق ولو استأجره ليخبز له كذا من الدقيق على ان يفرغ منه اليوم يجوز بالاجماع (وان استأجر ارضا ان يكربها) من كرب الارض اذا اصلحها بالحرات من باب نصر (ويزرعها او) استأجرها على ان (يسقيها ويزرعها صح) الاستيجار لكونه شرطا يقتضيه العقد لان الزراعة لاتتأتى الا بالكراب والسقى (و) ان استأجرها (على ان يثنيها) ان كان المراد بالتثنية ان يرد الارض مكروبة تفسد الاجارة لبقاء نفع الكراب بعد انقضاء المدة وهذا شرط لا يقتضيه العقد وسبب الفساد بقاء النفع لرب الارض فتوجد صفقتان فى صفقة وهى منهى عنها وان كان المراد كرب الارض مرتين وكانت الارض تخرج الزرع بكربها مرة والمدة سنة واحدة تفسد الاجارة ايضا لما مر وان كانت تخرجه بكربها مرتين لا تفسد لعدم بقاء اثر التثنية وكذا لا تفسد ان كانت المدة فى هذه الصورة سنتين او اكثر لعدم منفعة التثنية (او) استأجرها على ان (يكرى نهرها) اى يحفر انهارها العظام تفسد الاجارة لبقاء منفعة فى العام القابل بخلاف الجدول كما فى التبيين (او) على (ان يسرقنها) اى يجعل السرقين عليها وهو الزبل وهو معرب ويقال له السرجين تفسد الاجارة لبقاء الاثر بعد الانقضاء الا اذا كان الريع لا يخرج الا بالسرقنة او كانت المدة طويلة (لا يصح) الاستيجار فى الكل لما قررناه آنفا (وكذا) لا يصح الاستيجار (للزراعة) اى لزراعة الارض (بزراعة) ارض (اخرى) بان جعلت زراعة الارض الاخرى اجرة بها (وللركوب) اى لا يصح استيجار دابة ليركبها (بركوب) دابة اخرى ليركبها لآخر بمقابلتها (وللسكنى) اى لا يصح استيجار دار ليسكنها (بسكنى) دار اخرى ليسكنها الآخر بمقابلتها (وللبس) اى لا يصح استيجار ثوب ليلبسه (بلبس) ثوب آخر ليلبسه الآخر بمقابلته ويكون من قبيل بيع الشئ بجنسه نسيئة وذا لا يجوز خلافا للائمة الثلاثة وفى الدر ركلام ان شئت فطالع ثم لو استوفى احدهما المنفعة عند اتحاد الجنس فله اجر المثل فى ظاهر الرواية وذكر الكرخى عن ابى يوسف انه لا شئ عليه (وان استأجر شريكه او حماره) اى حمار شريكه (لحمل طعام هو) اى الطعام (لهما لا يلزم الاجر) الذى سماه ولا اجر المثل لانه لا يعمل شيئا لشريكه الا ويقع

بعضه لنفسه فلا يستحق الاجر وعند الائمة الثلثة تجوز هذه الاجارة ويجب المسمى لانه اوفى المشروط عنه (كراهن استأجر الرهن من المرتهن) اى كما لايجوز للراهن استيجار الرهن من المرتهن لان الرهن ملك الراهن والمرتهن ليس بمالك حتى يوجره منه وفى المنح لو استأجر حماما فدخل الآجر مع بعض اصدقائه الحمام فانه لاتجب الاجرة لانه يسترد بعض المعقود عليه وهو منفعة الحمام فى المدة ولايسقط شئ من الاجرة لانه ليس بمعلوم (وان استأجر) رجل (ارضا ولم يذكر) انه يزرعها اولم يبين (مايزرعها لايصح) العقد لان استيجار الارض غير مختص للزراعة وكذا ما يزرع فيها مختلف فبعضه اقل ضررا بها من بعض فلابد من التسمية عند العقد والا لايعلم المعقود عليه فيفضى الى الفساد هذا (ان لم يعمم) الموجر ما ان عمم بان يقول على ان تزرع ماشئت فح يصح لوجود الاذن منه (فان زرعها) بلاذكر الزراعة اومايزرع فيها (ومضى الاجل عاد) العقد (صحيحا وله) اى للموجر (المسمى) من الاجرة استحسانا لارتفاع الجهالة وانقطاع المنازعة فينقلب جائزا كما اذا اسقط الاجل المجهول قبل مجيئه وفى القياس لايعود وهو قول زفر لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا فيلزم اجر المثل كما فى اكثر الكتب ومافى المنح من انه وعند محمد لايعود صحيحا وهو القياس مخالف لاكثر الكتب تدبر (وان استأجر حمارا الى مكة ولم يذكر مايحمل عليه فحمل المعتاد) اى مايحمل الناس على مثله (فنفق) اى هلك فى الطريق (لايضمن) المستأجر لان العين المستأجر امانة فى يد المستأجر وان كانت الاجارة فاسدة هذا اذا لم يتعد فاذا تعدى ضمن ولا اجر عليه (وان بلغ) الحمار مع الحمل (مكة) شرفها الله تعالى (فله) اى للموجر (المسمى) من الاجرة عند العقد استحسانا لان الفساد كان للجهالة فاذا حمل عليه شيئا يحمل على مثله تعين ذلك فانقلب صحيحا وفى البزازية تكارى دابة الى فارس فالاجارة فاسدة لان فارس وخراسان وخوارزم والشام وفرغانة وسعد وماوراء النهر وهند والخطاى والدشت والروم واليمن اسم للولاية وبخارى وسمرقند وبلخ وجرجانية وهراة واوزجند اسم البلدة وجعل شمس الائمة بخارى اسم الولاية ففى كل موضع هو اسم الولاية اذا بلغ الادنى له اجر المثل لايتجاوز عن المسمى وفى كل موضع هو اسم البلد اذا وصل البلد يلزم البلاغ الى منزله (وان اختصما) اى الموجر والمستأجر (قبل الزرع) فى مسئلة استيجار الارض بلاذكر الزرع (و) قبل (الحمل) فى مسئلة استيجار الحمار (نقضت الاجارة للفساد) لبقائه قبل ارتفاع الجهالة بالتعيين بالزرع فى المسئلة السابقة وبالحمل فى هذا فلو اختصما بعد الزرع اوالحمل لايقضى بنقض العقد لعدم الامكان

بل يبقى على ماكان فلايندفع الفساد فى المسئلة السابقة الا بمضى الاجل اوبالبلوغ فى المسئلة الثانية ولواستأجر دابة ثم جحد الاجارة فى بعض الطريق وجب عليه اجر ماركب قبل الانكار ولايجب لما بعده هذا عند ابى يوسف وعند محمد يجب الاجر كله وفى التنوير اجارة المنفعة تجوز اذا اختلفا واذا اتحدا لا

﴿ فصل ﴾

لما فرغ من بيان انواع الاجارة شرع فى بيان احكام بعد الاجارة وهى الضمان والاجير نوعان مشترك وخاص والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دورى (الاجير المشترك من يعمل لغير واحد) معناه ان لايختص بواحد عمل لغيره اولم يعمل ولايشترط ان يكون عاملا لغير واحد بل اذا عمل لواحد ايضا فقط فهو مشترك اذا كان لايمتنع ولايتعذر عليه ان يعمل لغيره وفى الغرر الاجير المشترك من يعمل لا لواحد او يعمل له غير موقت او موقتا بلا تخصيص وفى القدورى الاجير المشترك من لايستحق الاجر حتى يعمل والاجير الخاص هو الذى يستحق الاجرة بتسليم نفسه فى المدة وان لم يعمل وفى التبيين هذا يؤل الى الدور لان هذا حكم لايعرفه الامن يعرف الاجير المشترك والخاص واجاب صاحب العناية بانه قد علم مما سبق فى باب الاجر متى يستحق ان بعض الاجراء يستحق الاجرة بالعمل فلم يتوقف معرفته على معرفة المعرف وقيل قوله من لايستحق الاجرة حتى يعمل مفرد والتعريف بالمفرد لايصح عند عامة المحققين واذا انضم الى ذلك قوله كالصباغ والقصار جاز ان يكون تعريفا بالمثال وهو الصحيح لكن قوله لان المعقود ينا فى ذلك لان التعليل على التعريف غير صحيح وفى كونه مفردا لايصح التعريف به نظر والحق ان يقال انه من التعريفات اللفظية وتمامه فيه فليطالع قال الزيلعى والاوجه ان يقال الاجير المشترك من يكون عقده واردا على عمل معلوم ببيان محله ليسلم عن النقض والاجير الخاص الذى يكون عقده واردا على منافعه ولاتصير معلومة الا بذكر المدة او بذكر المسافة وتمامه فيه فليراجع (ولايستحق) الاجير المشترك (الاجر حتى يعمل كالصباغ والقصار) ونحوهما لان الاجارة عقد معاوضة فتقتضى المساواة بين العوضين فالم يسلم المعقود عليه للمستأجر وهو العمل لايسلم للاجير العوض وهو الاجر (والمتاع فى يده) اى فى يد الاجير (امانة لايضمن ان هلك) المتاع من غير فعله عند الامام وهو قول زفر وحسن بن زياد قياسا سواء هلك بامر يمكن التحرز عنه كالسرقة والغصب اولايمكن التحرز عنه كالحريق الغالب والعدو والمكابر لان العين امانة فى يده لحصول القبض باذنه فلايكون الحفظ

مقصودا بالذات ولذا لايقابله الاجر لان الاجر فى الاجارة بمقابلة العمل او الوصف بخلاف المودع باجر لان حفظه مقصود حتى يقابله الاجر (وان) وصلية (شرط) عليه (ضمانه) لانه شرط لا يقتضيه العقد (به) اى بعدم الضمان (يفتى). وفى الخانية والفتوى على قول الامام وفى المنح وقد جعل الفتوى عليه فى كثير من المعتبرات و به جزم اصحاب المتون وكان هو المذهب (وعندهما) وعند مالك والشافعى فى قول (يضمن ان امكن التحرز منه) اى من الهلاك (كالغصب والسرقة بخلاف مالايمكن) التحرز عنه (كالموت) حتف انفه (والحريق الغالب والعدو المكابر)لكونه سببا لصيانة اموال الناس وافتى المتأخرون بالصلح على نصف القيمة لاختلاف الصحابة والائمة وعلى هذا حكم الولاة والقضاة عملا بالقولين وفى شرح المجمع نقلا عن المحيط الخلاف فيما اذا كانت الاجارة صحيحة وان فاسدة لايضمن اتفاقا (و يضمن ما) اى الذى (تلف بعمله) اى بعمل الاجير المشترك (اتفاقا كتخريق الثوب من دقه) اى دق القصار (وزلق الحمال) اذا لم يكن من مزاحمة الناس كما فى الاصلاح فان التلف الحاصل من زلقه حصل من تركه التثبيت فى المشى (وانقطاع الحبل الذى يشدبه المكارى) الحمل فان التلف الحاصل به حصل من تركه التوثيق فى شد الحبل (وغرق السفينة من مدها) وفيه اشارة الى ان السفينة لو غرقت من موج اوريح اونحوهما لم يضمن كما فى القهستانى وقال زفر والشافعى لايضمن لانه مأمور بالعمل مطلقا وانه ينتظم السليم والمعيب ولنا ان المقصود هو المصلح دون المفسد فكان هو المأذون فيه دون غيره وفى شرح الوقاية لصدر الشريعة ينبغى ان يكون المراد بقوله ماتلف بعمله عملا جاز فيه القدر المعتاد على مايأتى فى الحجام اوعملا لايعتاد فيه المقدار المعلوم لكن مافى المنح نقلا عن العمادية مخالف لانه قال وان هلك بفعله بان تخرق بدقه اوعصره يضمن عندنا بخلاف البزاغ والحجام فان البزاغ ونحوه لايضمن ماهلك بفعله اذا لم يجاوز المعتاد ومعناه ان الاجير المشترك يضمن ماهلك بفعله جاوز المعتاد اولا تدبر (لكن لايضمن به اى بغرق السفينة (الآدمى) من مدها (ممن غرق فى السفينة اوسقط من الدابة) وان كان بسوقه اوقوده لان ضمان الآدمى لايجب بالعقد بل بالجناية ومايجب بها يجب على العاقلة والعاقلة لايتحمل ضمان العقود وهذا ليس بجناية لكونه مأذونا فيه قيل هذا الكلام اذا كان ممن يستمسك على الدابة و يركب وحده والا فهو كالمتاع والصحيح انه لافرق فيه (ولايضمن فصاد ولابزاغ لم يجاوز المعتاد) فانه لايجب الضمان اذا سرى الى النفس لانه ليس بالوسع لعدم العلم بحصول الموت الان يجاوز الموضع المعتاد لان

ذلك غيرمأذون فيه فيضمن الزائد هذا كله اذالم يهلك وان هلك يضمن نصف الدية حتى ان الختان لوقطع الحشفة وبرئ المقطوع تجب عليه دية كاملة لان الزائد هو الحشفة وهو عضو كامل فتجب عليه الدية كاملة وان مات وجب عليه نصف الدية لان النفس تلفت بمأذون فيه وغيرمأذون فيه فيضمن نصف الدية وهو من اغرب المسائل حيث يجب الاكثر بالبرء والاقل بالهلاك وتفصيله فى المنح فليطالع سئل صاحب المحيط عن فصاد جاء الى الغلام وقال افصدلى فقصده فصدا معتادا فمات من ذلك السبب قال يضمن الفصاد قيمة العبد ويكون على عاقلة الفصاد لانه خطأ وكذلك الصبي تجب ديته على عاقلة الفصاد وسئل عن رجل فصد نائما وتركه حتى مات فى سيلان الدم قال يجب عليه القصاص كما فى الفصول العمادية (ولو انكسر دن فى طريق الفرات) ذكر الفرات للشهرة بالوفرة والزيادة بلا فائدة (فللمالك ان يضمنه) اى الحمال (قيمته) اى قيمة الدن التى تقوم (فى مكان حمله ولا اجرله او) ضمن قيمته (فى مكان كسره وله) اى الحمال (الاجر بحسابه) اما الضمان فلان السقوط بالعثار او بانقطاع حبل وكل ذلك من صنعه واما الخيار فلانه اذا انكسر فى الطريق والحمل شئ واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه آخر وهو ان ابتداء الحمل حصل باذنه فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى اى الوجهين شاء وفى الوجه الثانى له الاجر بقدر ما استوفى وفى الوجه الاول لا اجر له لانه ما استوفى اصلا كما فى الهداية (و) ثانى النوعين (الاجير الخاص) هو (من يعمل لواحد) قيد صاحب الدرر بقوله عملا موقتا بالتخصيص وقال فوائد القيود عرفت مما سبق (ويسمى اجير وحد) ايضا (ويستحق) الاجير الخاص (الاجر بتسليم نفسه) اى الاجر (مدته) اى العقد سواء عمل اولم يعمل مع التمكن بالاجماع (كمن استوجر للخدمة) الغير المعينة (سنة اولرعى الغنم) لهذا المستأجر دون غيره لان العقد ورد على منافعه وذكر العمل لصرف المنفعة المستحقة الى تلك الجهة وصار كما لو باع عبدا من رجل حيث لا يملك بيعه من آخر وفى شرح الوافى واعلم انه ان استأجره لرعى غنمه بدرهم شهرا فهو اجير مشترك الا ان يقول ولا يرعى غنم غيرى فح يصير اجير وحد وان استأجره لرعى غنمه شهرا بدرهم فهو اجير وحد الا ان يقول ويرعى غنم غيرى وفى الذخيرة ولو استأجره يوما ليعمل فى الصحراء فطرت السماء بعد ما خرج الاجير الى الصحراء لا اجر له لان تسليم النفس فى ذلك العمل لم يوجد لمكان العذر وبه كان يفتى المرغينانى كما فى الشمنى وفى المنح وان هلك فى المدة نصف الغنم او اكثر من النصف فله الاجرة كاملة مادام يرعى منها شيئا لان المعقود عليه هو تسليم

نفسه وقد وجد وليس للراعى ان ينزى وعلى شئ منها بغير اذن صاحبها لان الانزاء حمل عليها فان فعل فعطبت ضمن وان كان الفحل نزا عليها فعطبت فلا ضمان عليه لانه بغير فعله كما فى الجوهرة وفى العمادية ثم الراعى اذا كان اجير وحد فاتت من الاغنام واحدة حتى لايضمن لاينقص من الاجر بحسابها لان الغنم لومات كلها لاينقص من الاجر شئ انتهى وهو مخالف لقول الجوهرة مادام يرعى منها شيئا كما لايخفى (ولايضمن) الاجير الخاص (ماتلف فى يده) بان يسرق منه اوغاب اوغصب (اوبعمله) لان العين امانة فى يده بالاتفاق لانه لاتتقبل الاعمال الكثيرة من الناس فلا يوجد العجز والتقصير فى الحفظ بخلاف الاجير المشترك المأذون كانكسار القدوم اوتخرق الثوب عند العمل اذا لم يتعمد الفساد لانه يتقبل الاعمال الكثيرة من الخلق طمعا فى الاجر فيعجز عن القيام فيجب عليه الضمان عندهما استحسانا لصيانة اموال الناس كما مر وفى المنح الراعى اذا خلط الغنم بعضها ببعض فان كان يقدر على التمييز لايضمن ويكون القول قوله فى تعيين الدواب انها لفلان وان كان خلطا لايمكن التمييز يكون ضامنا قيمتها والقول فى مقدار القيمة قول الراعى وتعتبر قيمة الاغنام يوم الخلط فان دفع غنم رجل الى غير صاحبها فاستهلكها المدفوع اليه واقر الراعى بذلك ضمن الراعى ولاضمان على المدفوع اليه ولايقبل قول الراعى على المدفوع اليه ان كان الراعى اقر وقت الدفع انها للدفوع اليه ولوندت بقرة من الباقورة فخاف البقار انه لوتبعها يضيع الباقى كان فى سعة من ان لايتبعها ولاضمان عليه بالاتفاق ان كان الراعى خاصا وان مشتركا فكذلك عند الامام وعندهما يضمن وفى التنوير استأجر حمارا فضل عن الطريق ان علم انه لايجده بعد الطلب لايضمن وفى الجواهر بقار ترك البقور مع صبى لحفظهن فهلكت بقرة وقت السقى بآفة فان كان للصبى قدرة الحفظ لم يضمن والايضمن ولوجاء البقار ليلا وزعم انه رد البقرة وادخلها القرية فطلبها صاحبها ولم يجدها ثم وجدها بعد ايام فى قرى الجبانة قدعطبت قالوا ان كان العرف فيما بينهم ان البقار يدخل البقور فى القرية ولم يطلبوا منه ان يدخل كل بقرة فى منزل صاحبها كان القول قول البقار مع يمينه انه ادخل البقرة فى القرية فلاضمان عليه (وصح ترديد الاجر) اى جعله مترددا (بين نفعين مختلفين وايهما وجد لزم ماسمى له نحو) لو قال للخياط (ان خطته فارسيا فبدرهم اورو ميا فبدرهمين) فاى عمل من هذين العملين عمل يستحق المسمى هذا عند الكل لانه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين والاجر قديجب بالعمل وعند العمل يرتفع الجهل وعند زفر والائمة الثلاثة لايجوز لجهالة المعقود عليه للحال (و) كذا لو قال للصباغ (ان صبغته بعصفر

فبدرهم وبزعفران فبدر همين) هذا عند الكل لمامر (و) كذا لوقال للمستأجر (ان سكنت فى هذه الدار فبدرهم فى الشهر او) ان سكنت (فى هذه الدار فبدرهمين و) كذا لوقال (ان ركبتها الى الكوفة فبدرهم او) ان ركبتها (الى واسط فبدرهمين) قيل فيه احتمال الخلاف لان هذه المسئلة ذكرت فى الجامع الصغير مطلقا فيحتمل ان يكون قول الكل اوقول الامام خاصة (وكذا يصح لوردد بين ثلثة) اشياء بان قال ان خطته فارسيا اورومیا اوتركيا (لا) يصح (بين اربعة اشياء) كما فى البيع والجامع دفع الحاجة غير انه يشترط خيار التعيين فى البيع دون الاجارة لان الاجرة انما تجب بالعمل واذا وجد يصير المعقود عليه معلوما بخلاف البيع فان الثمن يجب بنفس العقد والمبيع مجهول (ولو قال) للخياط (ان خطته اليوم فبدرهم او) ان خطته (غدا فبنصفه فخاطه اليوم فله الدرهم وان خاطه غدا فله اجر المثل) لكن (لايجاوز) اجر المثل (نصف درهم) لانه هو المسمى فى اليوم الثانى قال القدورى هى الصحيحة وفى الجامع الصغير لايزاد على درهم ولاينقص من نصف درهم هذا عند الامام لان ذكر اليوم للتعجيل دون التوقيت ويدل عليه هنا نقص الاجر لواخر الفعل الى الغد فتبقى فى اليوم الثانى تسميتان احديهما درهم والاخرى نصف والتسميتان فى عقد واحد مفسدة فوجب اجر المثل كما لوقال خطه اليوم بدرهم اونصفه فلايكون ذكر اليوم للتأقيت اذلوكان للتأقيت يفسد العقد ان لاجتماع الوقت والعمل فيصير اجيرا مشتركا واجيرا خاصا وانه لايجوز وكذا لايكون ذكر الغد للترفيه بل يكون للتعليق فيجوز فى الاول دون الثانى على مامر وفى اكثر الكتب ولوخاطه بعد غد فالصحيح انه لايجاوز به نصف درهم عند الامام واما عندهما فالصحيح انه ينقص من نصف درهم ولايزاد عليه (وقالا الشرطان جائزان) حتى اذاخاطه اليوم فله درهم واذاخاطه غدا فله نصف درهم لان ذكر اليوم للتأقيت وذكر الغد للتعليق فوجدت فى كل واحد من وقتين التسمية مقصودة فصار اعقدين كاختلاف النوعين كالرومية والفارسية وعند زفر الشرطان فاسدان وهو قول الائمة الثلاثة لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه والتوسيع فيجتمع فى كل يوم تسميتان (ولوقال ان سكنت)بالتشديد من باب التفعيل ويجوز ان يكون سكنت بالتخفيف من الثلاثى فعلى هذا يكون قوله عطارا اوحدادا حالا و يكون المعنى ان سكنت هذا الحانوت حال كونك عطارا اوحال كونك حدادا (هذا الحانوت عطارا فبدرهم او) سكنت (حدادا فبدرهمين جاز) عند الامام لانه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين والجهالة فى العمل ترتفع عند المباشرة

(خلافا لهما) اى قالا لايجوز لان المعقود عليه واحد والاجران مختلفان ولايدرى ايهما يجب فلا يجوز و به قال زفر والائمة الثلاثة (وكذا الخلاف) بين الامام وصاحبيه (لو قال ان ذهبت بهذه الدابة) الباء للتعدية (الى الحيرة فبدرهم وان جاوزتها) اى الحيرة منتهيا (الى القادسية فبدرهمين او قال ان حملت عليها الى الحيرة كر شعير فبدرهم وان حملت كر بر فبدرهمين) فالعقد جائز فيهما عند الامام لما مر انه خير بين عقدين صحيحين مختلفين كما فى مسئلة الخياطة الرومية والفارسية وعندهما لايجوز و به قال زفر والائمة الثلاثة لان المعقود عليه وكذا الاجر احد الشيئين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد (ولا) يجوز ان (يسافر) المستأجر (بعبد استأجره للخدمة بلا اشتراطه) اى بلا اشتراط السفر لان فى خدمة السفر زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق وعليه عرف الناس فانصرف الى الحضر بخلاف العبد الموصى بخدمته حيث لا يتقيد بالحضر لان موءنته عليه ولم يوجد العرف فى حقه الا اذا شرط ذلك او كان وقت الاجارة متهيئا للسفر وعرف بذلك فيجوز ولو سافر المستأجر بالعبد المستأجر ضمن قيمته لمالكه اذا هلك لانه صار غاصبا ولا اجر عليه وان سلم لان الاجر والضمان لا يجتمعان (ولو استأجر عبدا محجورا فعمل) العبد (واخذ الاجر لايسترده منه) اى لا يسترد المستأجر ما دفعه اليه لعمله من العبد المحجور لان هذه الاجارة بعد الفراغ صحيحة استحسانا لان الفساد لرعاية حق المولى فبعد الفراغ رعاية حقه فى الصحة ووجوب الاجر له والقياس ان يسترده لانعدام اذن المولى وقيام الحجر وهو قول الائمة الثلاثة وفى الكنز للعينى وعليه اجر المثل وكذا الحكم فى الصبى المحجور عليه اذا آجر نفسه فالاجر له ولو اعتقه المولى فى نصف المدة نفذت الاجارة ولا خيار للعبد فاجر ما مضى للسيد واجر ما يستقبل للعبد وان آجره المولى ثم اعتقه فى نصف المدة فللعبد الخيار فان فسخ الاجارة فاجر ما مضى للمولى وان اجاز فاجر مايستقبل للعبد والقبض للمولى واذا هلك العبد المحجور فى حالة الاستعمال تجب عليه قيمته ولا يجب عليه الاجر (ولو آجر العبد المغصوب نفسه) الاخر (فاكل غاصبه) اى العبد اجره (لا يضمنه) اى لايضمن الغاصب ما اخذ من الاجر من يد العبد فاتلفه عند الامام لان الضمان انما يجب باتلاف مال محرز لان التقوم به وهذا غير محرز فى حق الغاصب لان العبد لا يحرز نفسه فكيف يحرز ما فى يده كما لو آجره الغاصب فاخذ اجره فاتلف حيث لا ضمان عليه بالاتفاق قبل رده على المغصوب منه او تصدقه وهو اولى لتطرق خبث فيه (خلافا لهما) اى لا يضمن لانه اكل مال المالك بغير اذنه لان الاجارة تعتبر صحيحة بعد الفراغ على مامر فيكون

الاجر راجعا الى مولاه (وما وجده) من الاجر (سيده اخذه) في يد العبد وغيره بالاتفاق لانه عين ماله ولا يلزم من بطلان التقوم بطلان الملك (وقبض العبد اجره) من المستأجر (صحيح) بالاجماع لانه المباشر للعقد فيخرج المستأجر عن عهدة الاجرة بالاداء الى العبد (ولو آجر) رجل (عبده) هذين الشهرين آجر (شهرا باربعة) دراهم (وشهرا بخمسة) دراهم من غير تعيين منهما (صح) العقد على الترتيب المذكور (والاول باربعة) لانه لما قال شهرا باربعة ينصرف الى مايلي العقد تحريا بالجواز فينصرف الثاني الى مايلي الاول ضرورة (ولو استأجر عبدا فابق او مرض) يعني اذا استأجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه في اول الشهر ثم جاء آخر الشهر والعبد مريض اوآبق واختلفا (فادعى) المستأجر (وجوده) اي وجود المرض او الاباق (اول المدة و) ادعى (المولى وجوده قبيل الاخبار بساعة حكم الحال) اي يجعل الحال حكما بينهما فيكون القول قول من يشهد له الحال مع يمينه لان القول في الدعاوى قول من يشهد له الظاهر وعن هذا قال (فان كان) العبد (حاضرا) وقت الدعوى في صورت الاباق (وصحيحا) في صورة المرض (صدق) المولى ويحكم بانه ليس كذلك من اول المدة فيجب الاجر (والا) اي وان لم يكن حاضرا او صحيحا وقت الدعوى (فالمستأجر) اي يصدق المستأجر ويحكم بان مرض العبد او اباقه من اول المدة (وكذا الاختلاف في انقطاع ماء الرحى وجريانه) اي وكذا لو قال المالك ماء الطاحونة كان جاريا في المدة وقال المستأجر لم يكن جاريا فيها فالقول للمالك ان كان جاريا والا فللمستأجر وفي الخلاصة رجل استأجر رحى ماء وبينها ومتاعها مدة معلومة باجرة معلومة فانقطع الماء سقط من الاجر بحسابه وان لم ينقض الاجارة حتى عاد الماء لزمته الاجارة وان اختلفا في نفس الانقطاع يحكم الحال (ولو قال رب الثوب امرتك ان تصبغه احمر فصبغته اصفر وقال الصانع امرتني بما صنعت صدق رب الثوب) لان الاذن يستفاد من قبل رب الثوب فكان اعلم بكيفيته فالقول قوله مع يمينه الايرى لو انكر الاذن بالكلية كان القول قوله فكذا اذا انكر صفته (وكذا الاختلاف في القميص والقباء) بان قال رب الثوب امرتك ان تعمله قباء وقال الخياط قميصا فالقول لرب الثوب ايضا مع يمينه (فان حلف رب الثوب ضمن الصانع قيمة ثوبه غير معمول) اي صاحب الثوب بعد الحلف مخير ان شاء ضمنه قيمة الثوب غير معمول (ولا اجر له او اخذ الثوب واعطاه اجر مثله لا يجاوز به المسمى) على ما بينا من قبل وعن محمد انه يضمنه ما زاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغاصب وقال ابن ابي ليلى القول قول الصانع (وان قال رب الثوب

عملت لى بلا اجر وقال الصانع باجر فالقول لرب النوب) لانه ينكر تقوم عمل الصانع لانه يتقوم بالعقد ولانه ينكر الضمان والصانع يدعيه فالقول قول المنكر مع يمينه عند الامام فى القياس وعند الشافعى فى قول واحد القول للصانع (وعند ابى يوسف) القول (للصانع ان كان حريفا) اى معاملاله بان سبق بينهما اخذ واعطاء يلزمله الاجر لان ماسبق من المعاملة يدل على انه يعمل باجر فقام ذلك مقام الاشتراط فى الاستحسان (وعند محمد) القول (للصانع ان كان معروفا بعمله بالاجر) لانه فتح الحانوت لاجل الاجر جرى ذلك مجرى التنصيص على اعتبار الظاهر فى الاستحسان فجواب الامام عن استحسانهما ان الظ يصلح للدفع لا للاستحقاق وهنا تحتاج الى استحقاق الاجرة والفتوى على قول محمد كما فى التبيين وغيره

باب فسخ الاجارة

وجه التأخير عماقبله ظ اذا لفسخ يعقب العقد لا محالة (فسخ الاجارة بعيب فوت) صفة عيب (النفع كخراب الدار وانقطاع ماء الارض او ماء (الرحى) فان كلا منها يفوت النفع فيثبت خيار الفسخ وفى الهداية ومن اصحابنا من قال بان العقد لاينفسخ لان المنافع فاتت على وجه يتصور عودها فاشبه الاباق فى العبد وعن محمد ان الآجر لو بناها اى بعد الخراب ليس للمستأجر ان يمتنع ولا للآجر وهذا تنصيص منه على انه لاينفسخ لكنه اى العقد يفسخ وهو الاصح ولو انقطع ماء الرحى والبيت ممايتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه وفى التبيين فاذا استوفاه لزمته حصته وفى الولوالجى رجل استأجر ارضا ليزرعها ولم يجد الماء ليسقيها فيبس الزرع والمسئلة على وجهين اما ان يستأجرها بشرب بها او بغير شرب بها ففى الوجه الاول سقط عنه الاجر لفوات التمكن من الانتفاع وفى الوجه الثانى ان انقطع ماء الزرع على وجه لايرجى فله الخيار وان انقطع قليلا قليلا ويرجى منه السقى فالاجر عليه واجب ولو لم ينقطع الماء لكن سال الماء عليها حتى لايتهيأ به الزراعة فلا اجر عليه لانه عجز عن الانتفاع به وصار كما اذا غصبه غاصب وفى الخانية رجل استأجر ارضا فانقطع الماء قال ان كانت الارض تسقى من ماء الانهار لا شئ على المستأجر وكذا اذا كانت بماء السماء فانقطع المطر (او اخل) عطف على قوله فوت (به) اى بالنفع بمعنى العيب لايفوت النفع بالكلية بل يخل به بحيث ينتفع به فى الجملة (كمرض العبد اودبر الدابة) الدبرة واحدة الدبر بالفتح جراحة تحدث فى ظهرها من ثقل الرحل فان الاجارة تفسخ به ايضا

وفي شرح الوقاية لابن الشيخ ولا حاجة الى القضاء ولا الى الرضاء في الفسخ بعيب لفوات النفع بتمامه ويحتاج الى القضاء او الرضاء بالعيب الذي يخل به عند عامة المشايخ لفوات النفع على وجه يتصور عوده (فلو انتفع) المستأجر (به) اى المستأجر (معيبا) ورضي بالعيب (او ازال الموجر عيبه سقط خياره) اى خيار المستأجر لحصول الرضى والتمكن من الانتفاع فيجب عليه اجره كاملا وفي المنح وعمارة الدار المستأجرة وتطيينها واصلاح الميزاب وما كان من البناء على رب الدار فان ابى صاحبها كان للمستأجر ان يخرج من الدار الا ان يكون المستأجر استأجرها وهي كذلك وقد رآها لرضائه بالعيب واصلاح بئر الماء والبالوعة والمخرج على صاحب الدار بلا جبر عليه لانه لا يجبر على اصلاح ملكه فان فعل ما ذكر من اصلاح المستأجر فهو متبرع فيه فليس له ان يحبسه من الاجرة وكذا تفسخ الاجارة بخيار الشرط والرؤية عندنا خلافا للشافعي (وتفسخ) الاجارة (بالعذر) عندنا لان المعقود عليه في الاجارة النفع وهو غير مقبوض فيكون العذر فيها كالعيب قبل القبض في البيع خلافا للشافعي لان العقد في الاجارة واقع على الاعيان لكون المنافع بمنزلتها عنده فتكون الاجارة كالبيع فلا تفسخ بالعذر بل تفسخ بالعيب وبه قال مالك واحمد وابو ثور (وهو) اى العذر (العجز عن المضي على موجب العقد الا بتحمل ضرر غير مستحق به) اى بعقد الاجارة (كقلع سن سكن وجعه) اى السن (بعد ما استوجر له) اى لقلع السن فان العقد ان بقي لزم قلع سن صحيح وهو غير مستحق بالعقد (وطبخ لوليمة ماتت عروسها بعد الاستيجار للطبخ لها) اى لوليمتها (او) طبخ لوليمة (اختلعت) عروسها بعد الاستيجار للطبخ لها فان العقد ان بقي تضرر المستأجر باتلاف ماله في غير الوليمة (وكذا) تفسخ (لو استأجر دكانا ليتجر فيه فذهب ماله) اى مال المستأجر او فلس (او آجر شيئا فلزمه) اى الموجر (دين لا يجد قضاءه) اى قضاء دينه (الا من ثمن ما آجره) من دار او دكان (ولو) وصلية (باقراره) اى ولو كان الدين باقرار الموجر لانه لو بقي العقد يلزمه الحبس لاجله حيث لا يقدر مالا سواه وهو ضرر زائد لم يستحقه بالعقد وفيه اشارة الى انه لو كان له مال غيره لا تفسخ (او استأجر عبدا للخدمة في المصر او مطلقا) اى بلا تقييد بالمصر (نسافر) المستأجر فانه حينئذ ثبت حق الفسخ لان خدمة السفر اشق فلا ينتظمها الخدمة المطلقة فضلا عن المقيدة بالمصر وفي منع المستأجر عن السفر ضرر لم يستحق بالعقد ولو اكتفى بقوله مطلقا لكان اخصر واشمل للمصر وغيره تدبر (او اكترى دابة للسفر ثم بداله منه) اى ظهر للمستأجر ما وجب المنع من السفر

لاحتمال كون قصده سفر الحج فذهب وقته او طلب غريمه فحضر او التجارة فافتقر وغير ذلك فانه تثبت له حق الفسخ لانه لو مضى على موجب العقد لزمه ضرر زائد (ولو بدا للمكارى منه) اى ولو ظهر له (ما يوجب المنع) من السفر (فليس بعذر) لانه لا يلزمه ضرر لانه يمكنـــه ان يقعد و يبعث تلميذا او اجيرا (ولو مرض)المكارى (فهو عذر فى رواية الكرخى) لانه لا يعرى عن ضرر لان غيره لا يشفق على دابته مثله وهو لا يمكنه الخروج بخلاف ما إذا لم يمرض دون رواية الاصـــل) لما ذكرنا وفى القهســتانى الفتوى على الرواية الاولى فلهذا اختار المص فقدمها (ولو استأجر خياط يعمل لنفسه) لا لغيره (عبدا يخيط له)اى للخيــاط (فافلس) الخيـــاط (فهو عـــذر) لانه يلزمه الضرر عـــلى موجب العـــقد لفوات مقصوده وهو رأس ماله (بخـــلاف خياط يخيط بالاجر) فانه ليس بعـــذر لان رأس ماله الخيط والمخيط و المقراض فلا يتحقق الافلاس فيـــه (و بخـــلاف تركه) اى الخياط (الخياطة ليعمـــل فى الصرف) حيث لا يكون عذرا لانه يمكنه ان يقعد الغلام للخياطة فى ناحية من الدكان وهو يعمل فى الصرف فى ناحيـــة (و بخـــلاف بيع ما آجره) فان هـــذا ليس بعذر للفسخ بدون لحوق دين لامكان استيفاء المســتأجر والعين على ملك المشـــترى كما يستوفيها و العين على ملك البايع كما فى الشمنى وقال ابو المكارم وهل يجوز البيع اختلف الروايات فيـــه فى الكفاية قال الامام السرخسى الصحيح ان البيع موقوف على ســـقوط حق المســتأجر وليس للمســتأجر ان يفسخ البيع وهو اختيار صدر الشهيد وفى الخانية هو اصح الروايات وفى الجامع الصغير كل ما ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يشير الى انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضى وفى الزيادات ان الامر يرفع الى الحـــاكم ليفسخ الاجارة لانه فعـــل مجتهد فيه فيتوقف على قضاء القـــاضى كالرجوع فى الهبة قال السرخسى هذا هو الاصح ومنهم من فرق فقـــال ان كان العذر ظاهرا انفسخت والا يفسخهـــا الحاكم قال قاضيخان والمحبوبى وهو الاصح (ولو استأجر دكانا لعمل الخياطة فتركه) اى عمل الخياطة (لعمل آخر فعذر) تفسخ به الاجارة لان الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين بخلاف ما اذا استأجر الخياط عبدا ليخيطه فترك الخياطة لعمل الصرف لان العامل ثمه شخصان فامكنهما كما فى الهداية وفى الفرائد وفيه بحث لانه يمكن ان يعمل العمل الآخر فيـــه مكان عمل الخياطة فلا يلزم الجمع بين العملـــين انتهى لكن يمكن ان يجاب بان المكان الذى تعمل فيه الخياطة لا يمكن ان يعمل فيه عمل آخر فى اكثر البلاد عادة فيلزم العذر (وكذا لو اســتأجر عقارا ثم اراد السفر) فهو عذر لـــما فيه من المنع عن السفر وفيه ضرر تعطيل مصـــالح الســـفر او الزام الاجر بدون

الانتفاع بخلاف ما اذا آجر عقارا ثم سافر لانه لاضرر اذالمستأجر يمكنه استيفاء المنفعة بعد غيبة الموجر (وتنفسخ) الاجارة بلا حاجة الى الفسخ (بموت احد العاقدين) اى احد من الآجر و المستأجر وعند الائمة الثلاثة لايبطل بموت احدهما ولابموتهما كالبيع ولنا ان المنافع والاجرة صارت ملكا للورثة والعقد السابق لم يوجد منهم فينتقض (عقدها لنفسه) فالجملة حال عن احد اى حال كون احد العاقدين قدعقدها لنفسه او صفة لعدم تعرفه بالاضافة على طريقة قوله ولقد امر على اللئيم يسبنى لان المعرف بلام العهد الذهنى وما اضيف اليه فى حكم النكرة (فان عقدها) اى الاجارة (لغيره فلا) تنفسخ الاجارة لموته (كالوكيل) يعقدها لموكله (والوصى) وكذا الاب والقاضى يعقدها لمحجوره (ومتولى الوقف) يعقد ها للوقف لان الموجر والمستأجر باقيان فلا يلزم مامر من عدم الجواز لانعدام الانتقال حتى لو مات المعقود عليه بطلت ولو مات احد المستأجرين او احد الموجرين بطلت الاجارة فى نصيبه و بقيت فى نصيب الآخر وقال زفر تبطل فى نصيب الحى ايضا لانها اجارة المشاع ولنا ان عدم الشيوع شرط فى ابتداء العقد لافى بقائه

مسائل منثورة

اى هذه مسائل متفرقة على ابواب الاجارة قدتداركها وجمعها فى آخر الكتاب ولو احرق) المستأجر (حصائد ارض مستأجرة اومستعارة) وهى جمع حصيدة وهى مايحصد من الزرع والنبت والمراد هنا مابقى من اصول القصب المحصود فى الارض (فاحترق) بسببه (شئ فى ارض غيره لم يضمن) لانه غير متعد فى التسبيب فلم يوجد شرط الضمان لان فعله وقع فى ملك نفسه كمن حفر بئرا فى داره فوقع انسان لاضمان عليه (ان كانت الريح هادئة) حين اوقد النار ثم تحركت لانه لاصنع له والهادئة من هدأ بالهمزة اى سكن وفى بعض النسخ هادنة من هدن اى سكن (وان كانت) الريح (مضطربة ضمن) لانه قدفعل مع علمه بعاقبته فافضى اليها فجعل كمباشر وهذا القول الذى ذكره من تفصيل الهادئة والمضطربة اختيار شمس الائمة السرخسى كما فى اكثر المعتبرات وفى التنوير بنى المستأجر تنورا اودكانا فى الدار المستأجرة واحترق بعض بيوت الجيران اوالدار لاضمان عليه مطلقا اى سواء بنى باذن صاحب الدار اولا الا ان يجاوز مايصنعه الناس وفى التبيين لو وضع جمرة فى الطريق فاحرقت شيئا ضمن لانه متعد بالوضع ولو رفعته الريح الى شئ فاحرقته لايضمن لان الريح نسخت فعله ولو اخرج الحداد الحديد من الكور فى دكانه فوضعه

على العلاة وضرب به بمطرقة وخرج شرار النار الى طريق العامة واحرق شيئا ضمن ولو لم يضرب به ولكن اخرج الريح شيئا لم يضمن ولو سقى ارضه سقيا لايحتمله الارض فتعدى الى ارض جاره ضمن (ولو اقعد خياطا او صباغا فى حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف صح) هذا الفعل لان صاحب الدكان قد يكون ذا جاه وحرمة ولايكون حاذقا فى العمل فيقعد حاذقا يطرح عليه العمل وكان القياس ان لايجوز لانه استأجره بنصف مايخرج من عمله وهو مجهول لكنه جاز استحسانا لان احدهما يقبل العمل بالوجاهة والآخر يعمل بالحذاقة فبذلك تنتظم المصلحه ولاتضره الجهالة الحاصلة من الكسب قيل لان تخصيص العمل باحدهما لايدل على نفى العمل عن الآخر فاذا تقبل احدهما العمل والآخر يعمل يجوز كما يجوز فى شركة الصنايع والتقبل لعدم الجهالة المفضية الى النزاع قال صاحب الهداية هذه شركة الوجوه وقال العينى فى شرح الكنز وفيه نظر لان شركة الوجوه ان يشتركا على ان يشتريا بوجوههما و يبيعا وليس شئ فى هذه من بيع ولاشراء فكيف يتصور ان يكون شركة الوجوه انتهى لكن يمكن بان مراد صاحب الهداية بشركة الوجوه ليس ماهو المصطلح عليه المار فى كتاب الشركة بل مراده بها ههنا ماوقع فيه تقبل العمل بالوجاهة يرشدك اليه قوله هذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل و يمكن بوجه آخر انه اطلق عليه شركة الوجوه تغليبا لجهة الوجاهة على جهة العمل لكونها سببا تأمل (وكذا) صح (لو استأجر جملا يحمل عليه محملا وراكبين) يعقد ان فيه (الى مكة) استحسانا لان المق هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع ومافيه من الجهالة تزول بالصرف الى المعتاد فلهذا قال (وله) اى للمستأجر (المحمل المعتاد) بين الناس والقياس ان لايجوز لجهالته و به قال الشافعى (وان شاهد الجمال المحمل فهو اجود) لانه اقرب لحصول الرضى (وان استأجره) اى الجمل (لحمل زاد فاكل) المستأجر (منه) اى من الزاد فى الطريق (فله) اى للمستأجر (رد عوضه) اى عوض ما اكل لان المستحق عليه حمل معلوم فى جميع الطريق فله استيفاؤه وعند الشافعى فى الاظهر لايرده ولو شرط رده صح بالاجماع ولو شرط عدمه لايصح بالاجماع (ولو قال لغاصب داره فرغها) اى الدار (والا) اى وان لم تفرغ (فاجرها كل شهر كذا فلم يفرغ) الغاصب بعد ذلك بل مكث فيها اياما (فعليه) اى الغاصب (المسمى) اى الذى سماه له المالك من الاجر لوجود الالتزام بسبب عدم التفريغ (فان جحد الغاصب ملكه) اى كون الدار ملك من يدعيها (اولم يجحد) لكن قال (لا اريدها) اى الدار (بالاجرة فلا) عليه المسمى لانه حينئذ لايكون ملتزما بالاجارة (وان)

وصلية (برهن) المدعى (على ملكه بعد جحده) اى بعد جحد الغاصب لان البينة بعد ذلك لاتفيد فى حق الاجارة وكذا لايلزم عليه الاجر اذا اقر بالملك له لكن قال له لاار يد بالاقرار الاجر لعدم رضائه صريحا بالاجارة (ومن آجر ما استأجره باكثر) من الاجر الاول (يتصدق بالفضل) لانه ربح مالم يقبضه وعند الشافعى يطيب له الفضل هذا اذا كانت الاجرة الثانية من جنس الاولى لانه لولم تكن من جنسها طاب الفضل اتفاقا ذكره الطحاوى كما فى شرح المجمع قال المولى خسرو وجاز للمستأجر ان يوجر الاجير من غير موجره ولايجوز ان يوجره لموجره لان الاجارة تمليك المنفعة والمستأجر فى حق المنفعة قائم مقام الموجر فيلزم تمليك المالك وفى المنح تفصيل فليراجع وفى الغرر وكله لاستيجار دار ففعل وقبض الوكيل ولم يسلمها الى الموكل حتى مضت المدة رجع الوكيل بالاجر على الآمر كذا ان شرط تعجيل الاجر وقبض الوكيل ومضت المدة ولم يطلب الآمر وان طلب الامر وابى ليعجل لايرجع (وتصح الاجارة) حال كونها (مضافة) الى زمان فى المستقبل بان قال مثلا اذا جاء رأس الشهر فقد آجرتك هذه الدار بكذا الى سنة هذا عندنا لان مطلقها يقع مضافا لان انعقادها يتجدد بحسب مايحدث من المنفعة على ماعرف فوقوع المقيد اولى بالجواز خلافا للشافعى لان المنفعة عنده كالعين فاشبه بيع العين (وكذا) يصح (فسخها) اى فسخ الاجارة كما اذا قال فسختك هذه الاجارة رأس الشهر الآتى ولو قال اذا جاء رأسه فقد فسختك لم يجز وقال السرخسى جاز والفتوى على الاول وفى العمادى انه لايصح اجماعا (وكذا) تصح (المزارعة والمعاملة) اى المساقاة ايضا بالاضافة كما اذا قال دفعت اليك هذه الارض او الاشجار للزراعة او العمل فيها بعد شهر من هذا الوقت لان كلامنهما اجارة (و) كذا (المضاربة) كما اذا دفع عشرة دراهم الى فلان وقال بعد ماصارت بالعشرة عشرين اعمل به مضاربة بالنصف فانه لم يصر مضاربا الاعند صيروتها عشرين درهما (والوكالة) كما اذا قال بع عبدى غدا فانه يصير وكيلا لايصح تصرفه الابعد الغد واختلف فى العزل قبله وصح الرجوع اجماعا بشرط علم الوكيل لانهما من باب الاطلاق كالطلاق والعتق والوقف (والكفالة) بان قال ماذاب لك على فلان فعلى لانها التزام المال ابتداء فيجوز اضافتها (والايصاء) اى جعل الغير وصيا بان قال اذامت فانت وصيى فيما اخلف اذالايصاء لايتصور فى الحال الا اذاجعل مجازا عن الوكالة (والوصية) بان قال فثلث مالى لفلان لانها تمليك بعده (والقضاء والامارة) كما بيناه فى القضاء (والطلاق) بان قال لامرأته ان قدم فلان فانت طالق لاتطلق

حتى يجئ (والعتق) بان قال لعبده انت حر اذا جاء رأس الشهر (والوقف) كما اذا قال ارضى هذه موقوفة غدا وفى القسهتانى وتصح العارية والاذن فى التجارة مضافين كما فى العمادى وفيه اشعار بانه لم يصح تعليق كل منهما وقد صح تعليق المزارعة والمساقاة كما فى النهاية و ينبغى ان لايصح فسخ كل منهما غير الاجارة مضافا انتهى (لا) يصح كل واحد من (البيع واجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال وابراء الدين) حال كونه مضافا الى زمان فى المستقبل لان هذه الاشياء تمليك وقد امكن تنجيزها للحال فلا حاجة الى الاضافة وفى التنوير فسخ العقد بعد تعجيل البدل فللمعجل حبس البدل حتى يستوفى مال البدل كما فى التبيين استأجر مشغولا وفارغا صح فى الفارغ فقط المستأجر فاسدا اذا اجاز صحيحا جازت وقيل لا وفى الغرر المستأجر لايكون خصما لمدعى الاجارة والرهن والشراء بخلاف المشترى

كتاب المكاتب

اورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد عقد يستفاد به المال بمقابلة ماليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة و بهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعتاق يعنى قولنا بمقابلة ماليس بمال خرج به البيع والهبة بشرط العوض وقولنا بطريق الاصالة خرج به النكاح والعتاق على مال فان ذكر العوض فيهما ليس بطريق الاصالة قيل الانسب ان يذكر عقيب العتاق لان الكتابة مآلها الولاء والولاء حكم من احكام العتق ايضا لكن لانم ذلك لان العتق اخراج الرقبة عن الملك بلا عوض والكتابة ليست كذلك بل فيهما ملك لشخص ومنفعة لغيره وهو انسب للاجارة لان نسبة الذاتيات اولى من العرضيات كما فى العناية لكن فى حاشية المولى سعدى كلام فليطالع والمكاتب هو مفعول من كاتب مكاتبة والمولى مكاتب بكسر التاء واصله من الكتب وهو الجمع ومنه كتبت القرية اذا احرزتها والكتيبة هى الطائفة المجتمعة من الجيش والكتاب لانه يجمع الابواب والفصول والكتابة لانها تجمع الحروف و يسمى هذا العقد كتابة ومكاتبة لان فيه ضم حرية اليد الى حرية الرقبة اولان فيه جمعا بين نجمين فصاعدا اولان كلامنهما يكتب الوثيقة (الكتابة) فى اللغة مصدر كتب وفى الشرع (تحرير المملوك يدا) اى من جهة اليد (فى الحال ورقبة) اى من جهة الرقبة (فى المآل) اى فى المستقبل لان المكاتب لايتحرر رقبة الا اذا ادى بدل الكتابة واما فى الحال فهو حر من جهة

اليد فقط حتى يكون احق بكسبه و يجب على المولى الضمان بالجناية عليه او على ماله ولهذا قيل المكاتب طار عن ذل العبودية ولم ينزل فى ساحة الحرية فصار كالنعامة ان استطير تباعر وان استحمل تطاير ثم شرط الكتابة ان يكون الرق قائما بالمحل وان يكون البدل معلوم القدر والجنس وسببها رغبة المولى فى بدل الكتابة عاجلا وفى ثواب العتق آجلا ورغبة العبد فى الحرية وركنها الايجاب والقبول وحكمها من جانب العبد فكاك الحجر وثبوت حرية اليد فى الحال حتى يكون العبد اخص بنفسه وكسبه من مولاه والفاظها كاتبتك على كذا اومايقوم مقامه (ومن كاتب مملوكه ولو) وصلية (صغيرا يعقل) قيده لانه اذالم يعقل العقد لايجوز اتفاقا لانه ليس باهل للقبول والعقد موقوف عليه (بمال حال) بان يؤدى البدل عقيب العقد (او) بمال (مؤجل) بان يؤدى كله فى مدة معلومة (او) بمال (منجم) بان يؤدى فى كل شهر مقدارا معلوما من البدل الاولى بالواو كما فى النهاية حيث قال وكون بدلها منجما ومؤجلا فليس بشرط عندنا تدبر (فقبل) المملوك ذلك (صح) العقد عندنا لاطلاق قوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا الآية فتتناول بجميع ماذكرنا من الحال والمؤجل والمنجم والصغير والكبير وكل من يتأتى منه الطلب ولانه عقد معاوضة والبدل معقود عليه فاشبه الثمن فى عدم اشتراط القدرة عليه لان توهم القدرة كاف هنا كما فى البيع وقيل يمكن ان يستقرض فيقدر على الاداء ولوكان مديونا للغير وقال الشافعى لاتجوز كتابة الصغير لانه ليس باهل للتصرف وكذا لاتجوز عنده الامنجما واقله نجمان ليتمكن من التحصيل اذ القدرة على التسليم شرط لصحة العقد لكن قيد التأجيل زيادة على النص فرد كما فى سائر المعاوضات والامر فى هذه الآية ليس امر ايجاب باجماع بين الفقهاء وانما هو امر ندب هو الصحيح وفى الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه واما الندبية فمعلقة به والمراد بالخير المذكور على ماقيل ان لايضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فالافضل ان لايكاتبه وان كان يصح لو فعله واما اشتراط قبول العبد فلانه مال يلزمه فلابد من التزامه ولايعتق الا باداء كل البدل لقوله عليه السلام ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الاعشرة دنانير فهو عبد وقال صلى الله تعالى عليه وسلم المكاتب عبد مابقى عليه درهم وفيه اختلاف الصحابة رضى الله تعالى عنهم وما اخترناه قول زيد بن ثابت رضى الله تعالى عنه و يعتق بادائه وان لم يقل المولى اذا اديتها فانت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما فى البيع خلافا للشافعى ولايجب حط شئ من البدل اعتبارا بالبيع كما فى الهداية وقال الشافعى يجب عليه حط ربع البدل (وكذا لوقال) المولى (جعلت عليك الفاتؤديه

نجوما) اى متفرقا عـلى النجم (اولها) اى اول النجوم (كذا) من الدرهم (وآخرها كـذا) منها (فاذا اديتـه) اى الالف (فانت حر وان عجزت فقن) اى فانت قن عـلى حالك (فقبل) العبد ذلك (صح العـقد) وصار مكاتبا والقياس ان لايجوز فيه تعليق العتق باداء المال وهو لا يوجب الكتابة وجه الاستحسان ان العبرة للمعانى وقد اتى بمعنى الكتابة مفسرا فينعـقد به قيل قوله جعلت عليك يحتمل عقـد الكتابة و يحتمل الضريبة على العبد فلا تتعين جهة الكتابة الا بقوله فان اديته فانت حر فيكون قوله وان عجزت فقن حثا للعبد على الاداء (ولو قال) المولى (اذا اديت الى كل شهر مائة فانت حر فهو تعليق) يعنى يكون اعتاقا بالمال لا بالمكاتبة فى رواية ابى حفص قال فخر الاسلام وهو الاصح لان التنجيم ليس من خواص الكتابة حتى يجعل تفسيرا لها لانه يدخل فى سائر الديون وقد تخلو الكتابة عنه ولم يوجد لفظ يختص بالكتابة ليكون تفسيرا لها فلايكون مكاتبا (وقيل مكاتبة) وهو رواية ابى سليمان لان التنجيم يدل على الوجوب لانه يستعمل للتيسير وذلك فى المال ولا يجب المال الا بالكتابة لان المولى لايستوجب على عبده دينا الا فى الكتابة (واذا صحت الكتابة خرج المكاتب (عن يد المولى) لان موجب الكتابة مالكيـة اليـد فى حق المكاتب ولهـذا ليس له المنع من الخروج والسـفر (دون ملكه) اى لايخرج من ملك المولى لما رويناه ثم فرع عليه بقوله (فان اتلف) المولى (ماله) اى مال المكاتب (ضمنه) اى ضمن المولى ما اتلفه لكونه اجنبيا فى مال كسـبه (وكذا) ضمنه (ان وطئ المولى المكاتبة) اى يغرم العـقر لانها تخرج بعـقد الكتابة من يد المولى وصـار كالاجنبى فى حق نفسـها (او جـنى) المولى (عليها) اى على المكاتبة (او عـلى ولدها) اى يغرم المولى ارش الجناية لهـا ولولدها لكونه اجنبيا فى حقها وولدها (وان كاتبه) اى ان كاتب المولى عبـده (على قيمته) بان قال كاتبتك على قيمتك (فسدت) الكتابة لان القيمة مجهولة قدرا وجنسـا ووصفا فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب او دابة ولان الكتابة عـلى القيمة تنصيص عـلى ما هو موجب العـقد الفاسـد لانه موجب للقيمـة (فان اداها) اى القيمـة (عتق) العبـد لكونها بدلا معنى (وكـذا) تفسـد الكتابة (لو كاتبه على عـين لغيره) بان قال كاتبتك عـلى هذا العبد وهو مملوك لغـيره (يتعين) صـفة عين (بالتعيين) كالثوب والعبـد وغيرهـا من المكيل والموزون غير النقدين فى ظاهر الرواية لعدم القدرة على تسـليم ملك الغـير وعن الامام يجوز ان قدر على تسليمها بان يملكها وفيه اشـارة الى انه لو كاتب على دراهم او دنانير بعينها وهى لغيره جاز لانها لا تتعين فى المعاوضات

فيتعلق بدراهم دين فى الذمة لابدارهم الغير فيجوز (اوعلى مائة دينار و يرد) السيد (عليه) اى العبد (عبدا غيرمعين) اى لو كاتبه على مائة على ان يرده سيده عبدا بغيرعينه بان قال اد الى مائة دينار على ان تأخذ منى عبدا بغيران عينه فانت حرفا لكتابة فاسدة عندالطرفين بناء على ان استثناءالعبد من المائة لايصح لانعدام شرطه وهوالمجانسة وانما يصح استثناء قيمته ولكنها مجهولة لاختلاف المقومين فيها (وعند ابى يوسف تجوز) الكتابة (وتقسم المائة على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط فيسقط قسط العبد) اى حصته (والباقى) من المائة بعد حصته (بدل الكتابة) يعنى اذا كان بدل الكتابة مائة وقيمة المكاتب خمسين وقيمة العبد خمسين يجب على المكاتب اداء خمسين و يسقط خمسون لان كل ماجاز ايراد العقد عليه جاز استثناؤه منه وتجوز الكتابة على عبد فكذا يجوز استثناؤه هذا فى عبد غيرمعين حتى لوشرطه ان يردعبدا معينا صح اتفاقا (وان كاتب المسلم) عبده (بخمر اوخنزير فسد) العقد سواء كان العبد مسلما اوكافرا لانهما ليسا بمال فلا يصلحان للعوض فى عقد المعاوضة وكذا لو كان المولى ذميا والعبد مسلما لان اسلام احدالطرفين يمنع صحة العقد (فان اداه) اى ان ادى المكاتب الخمر اوالخنزير (عتق) العبد (ولزمه قيمة نفسه) هذا فى ظاهرالرواية سواء اتى بالشرط بان قال ان اديت الخمر فانت حر اولم يأت به لانهما مال فى الجملة وان لم يكن لهما قيمة فى حق المسلين وقال زفر لايعتق الا باداء قيمة نفسه لان البدل فى الكتابة الفاسدة هو القيمة وعن ابى يوسف انه يعتق باداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة ايضا لانه هو البدل معنى وعن الطرفين انه يعتق باداء عين الخمر اذا قال ان اديتها الى فانت حر باعتبار انه معلق بالشرط وقد وجد الشرط (والكتابة على ميتة او دم باطلة) لانهما ليسا بمال اصلا عند احد (ولايعتق باداء المسمى) لعدم انعقاد الكتابة ببطلانها فلا يلزم على المكاتب شئ وفى الاختيار ولو علق العتق بادائهما عتق بالاداء لوجود الشرط (وتجب القيمة) اى قيمة العبد (فى) الكتابة (الفاسدة) لان الواجب رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فوجب رد قيمته بالغة مابلغت لان المولى لم ير النقصان والعبد رضى بالزيادة لئلا يبطل حقه فى العتق لان عتقه اولى له من الرقية الى آخرعمره وعن هذا قال (ولاتنقص) القيمة (عن المسمى) لما مر ان المولى لم يرض بالنقصان (وتزاد) القيمة (عليه) اى على المسمى ان كانت زائدة عليه فيسعى فى قيمة نفسه) بالغة مابلغت لما مر قيل هذه المسئلة متعلقة بمسئلة الخمر لان بدل الكتابة فى الفاسدة هو قيمة المكاتب وقيل هذه مسئلة مبتدأة لاتعلق لها بمسئلة

الخمر لان وضع المسئلة فيما اذا كاتب عبده بالف على ان يخدمه ابدا فالعقد فاسد فتجب القيمة فان كانت ناقصة عن الف لاتنقص وان زائدة زيدت عليه وقيل هذه مسئلة لها نوع تعلق بما قبلها غير مختصة لان القيمة فى الكتابة الفاسدة من جنس المسمى فقيمة المكاتب ان كانت ناقصة عن المسمى لاتنقص منه وان زائدة زيدت عليه (وصحت) الكتابة (على حيوان ذكر جنسه فقط) كالعبد والفرس (لا وصفه) كالجيد والردى ولابد للص ان يذكر النوع بان يقول ولا نوعه كما فى اكثر المعتبرات لان الكتابة بدون ذكر النوع كالتركى والهندى جائزة لانها مبادلة مال بمال من حيث ان العبد مال فى حق المولى ومبادلة مال بما ليس بمال من حيث ان العبد ليس بمال فى حق نفسه فتقع الكتابة بين الجواز والفساد فحمل على الجواز فالجهالة بعد ذكر الجنس لاتضر لكونها يسيرة لان مبناها على المساحة وقال الشافعى لايجوز هذا العقد للجهالة (ولزم) المكاتب (الوسط) اى الحيوان الوسط (او قيمته) اى قيمة الوسط لان كل واحد اصل من وجهه فالعين اصل تسمية والقيمة اصل ايضا لان الوسط لايعلم الابها فاستويا فيخير ويجبر المولى على قبول ما ادى (وصح كتابة الكافر عبده الكافر بخمر مقدر) لانها مال عندهم بمنزلة الخل عندنا وانما قال مقدر ولم يقل مقدرة بناء على ماقاله صاحب القاموس انه قد يذكر (واى) من السيد وعبده (اسلم فللسيد قيمتها) اى قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها (وعتق) العبد (باداء عينها) اى الخمر لان الكتابة عقد معاوضة وسلامة احد العوضين لاحدهما يوجب سلامة العوض الآخر للآخر واذا ادى الخمر عتق ايضا لتضمن الكتابة تعلق العتق باداء الخمر اذ هى المذكورة فى العقد كما فى الرمز وفى شرح الطحاوى والتمرتاشى لو ادى الخمر لايعتق ولو ادى القيمة يعتق وفى الغرر وصحت على خدمة شهر للمولى او لغيره او حفر بئر او بناء دار اذا بين قدر المعمول والاجر بما يرفع النزاع ولاتفسد الكتابة بشرط الا ان يكون فى صلب العقد

❊ باب تصرف المكاتب ❊

(له) اى للمكاتب (ان يبيع ويشترى ويسافر) لانه لايقدر على تحصيل البدل الابها وقوله (وان) وصلية (شرط عدمه) اى عدم سفر المكاتب متصل بما قبله اى له ان يسافر وان شرط عليه المولى ان لايخرج من البلد استحسانا لكونه شرطا مخالفا لمقتضى عقد الكتابة وعند مالك والشافعى فى قول لايسافر الا باذنه وهو القياس (ويزوج امته) اى للمكاتب ان يزوج امته بالاجماع لما ان

من باب الاكتساب باخذ المهر والخلاص عن نفقتها (و) له (ان يكاتب عبده) او امته استحسانا لكونها اكتسابا باخذ بدل الكتابة ايضا فيكون داخلا في العقد كالبيع بل هو انفع منه لان الكتابة لاتزيل الملك الا بعد وصول البدل والبيع يزيل قبل وصوله وقال زفر ليس له ذلك وهو القياس و به قال الشافعي واحمد لان المآل هو العتق و المكاتب ليس من اهله (فان ادى) المكاتب الثاني بدل الكتابة (بعد عتق) المكاتب (الاول فولاؤه) اى المكاتب الثاني (له) اى للمكاتب الاول لانه صار اهلا بعد العتق (وان) ادى المكاتب الثاني بدل الكتابة (قبله) اى قبل عتق المكاتب الاول (فللسيد) اى ولاء المكاتب الثاني لسيد المكاتب الاول لا للمكاتب الاول لتعذر جعل المكاتب معتقا له لعدم اهليته الاعتاق فيخلفه فيه اقرب الناس اليه وهو مولاه ولو ادى الاول بعد ذلك لاينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقا والولاء لايتحول عن المعتق الى غيره ولو اديا معا فولاؤهما للمولى لكونه اصلا (وليس له) اى للمكاتب (ان يتزوج بلا اذن) من المولى لانه ليس من الاكتساب لما فيه من شغل ذمته بالمهر والنفقة و يجوز باذنه لان الحجر لاجله فاذا اذن جاز (ولا) ان (يهب) لانها تبرع (ولو) وصلية (بعوض) لانها تبرع ابتداء (ولايتصدق) لانه تبرع ايضا (الا بيسير) منهما لانهما من ضرورات التجارة (ولا يكفل) مطلقا سواء كان في المال او في النفس بامر او بغير امر لانها تبرع محض (ولايقرض ولايعتق ولو) وصلية (بمال) لانه ليس باهل (ولايزوج عبده) لانه تعييب له ونقص لماليته لكونه شاغلا رقبته بالمهر والنفقة (ولايبيعه من نفسه) لان بيع العبد من نفسه اعتاق فلا يملكه (والاب والوصي في رقيق الصغير) الذي تحت حجرهما (كالمكاتب) في التصرفات المذكورة من تزويج الامة وكتابة رقيق الصغير لاعلى اعتاقه على مال ولا بيعه من نفسه ولاتزويج عبده (ولايملك) العبد (المأذون شيئا من ذلك) عند الطرفين (وعند ابي يوسف له) اى للمأذون (تزويج امته وعلى هذا الخلاف المضارب والشريك) شركة عنان ومفاوضة لهما انهم لايملكون شيئا مما ذكروا انما يملكون التجارة والتزويج والكتابة ليسا منها وهذا لان التجارة مبادلة المال بالمال والبضع ليس بمال وكذا المكاتبة لان المال مقابل بفك الحجر في الحال وهو ليس بمال فلا يملكونه وله انهم يملكون تزويج الامة لان فيه منفعة على مابينا (وان اشترى المكاتب قريبه ولادا دخل في كتابته) لانه من اهل ان يكاتب وان لم يكن اهلا للعتق فيجعل مكاتبا معه تحقيقا للصلة بقدر الامكان فيدخلون في كتابته تبعا له واقواهم دخولا الولد المولود في الكتابة ثم الولد المشترى ثم الوالدان وعن هذا يتفاوتون

فى الاحكام فان الولـد المولود فى الكتابة يكون حكمه كحكم ابيه حتى اذا مات ابوه ولم يترك وفاء يسعى على نجوم ابيه والولد المشترى يؤدى بدل الكتابة حالا والا يرد فى الرق والوالدان يردان فى الرق كما مات ولا يؤديان حالا ولا مؤجلا (ولو اشترى) المكاتب (ذارحم محرم غير الولاد) كالاخ وابنه والعم وابنه (لا يدخل) فيجوز له بيعه عند الامام لان المكاتب لا ملك له حقيقة الا انه يقدر على الكسب فالمكاتب فقير كاسب وهذه القدرة تكفى للصلة فى قرابة الولاد لا فى غيرها ولـذا تجب نفقة الاولاد والوالـدين على من يقدر على الكسب ولو كان فقيرا واما نفقة الاخ والعم فتجب على الغنى لا على الكاسب الفقير (خلافا لهما) فانهما قالا يدخل فى كتابتـه بالشراء فلا يجوز بيعـه لان وجوب الصلة يشمل القرابة المحرمية ولـذا يعتق على الحر كل ذى رحم محرم وتجب نفقتهم عليـه ولا يرجع فيما وهبـه لهم ولا تقطع يده اذا سرق منهم ونحو ذلك من الاحكام وعند الائمة الثلثة لو اشـترى بلا اذن السيد لا يكاتب ولا يصح شراؤه وبالاذن يصح هذه المسئلة تذكر فى العتـاق فلو اقتصر على احديهمـا لكان اخصر (وان اشترى) المكاتب (ام ولده) اى امرأته المنكوحة المملوكة للغير (مع ولدها منه دخل الولد) فى الكتابة تحقيقـا للصلة كما مر (ولا تباع الام) لان الولد لما دخل فى كتابته امتنع بيعه فتتبعه امه فى امتناع البيع فامتنع بيعها لانها تبع له قال عليه الصلاة والسلام اعتقها ولدها ولا تدخل فى كتابته حتى لا تعتق بعتقه ولم ينفسخ النكاح لانه لم يملكها فجاز له ان يطأها بملك النكاح وكـذا المكاتبة اذا اشـترت زوجها غير انها لهـا ان تبيعه كيف ما كان لان الحرية لم تثبت من جهتها كما فى التبيـين (وان لم يكن) الولـد (معها) اى مع ام الولد (جاز بيعهـا) لعدم دخولها فى كتابته قياسا عند الامام لان ما كسبه المكاتب متردد بين ان يؤدى وبين ان يعجز فان ادى الكل يتقرر له وان عجز يتقرر للمولى فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ وهو اموميـة الولد (خلافا لهما) فان عنـد هما لا يجوز بيعها لكونها ام ولده وبه قال الشافعى فى قول (وولده) اى ولـد المكاتب (من امته يدخل فى كتابته) لانه بالدعوة ثبت نسبه منه فيتبعه فى الكتابة (وكسبه) اى كسب الولد (له) اى للمكاتب لانه فى حكم مملوكه وكان كسبه له وكذا المكاتبة اذا ولـدت ولدا فالحكم كما سبق (ولو زوج المكاتب امته من عبده ثم كاتبهما) اى كاتب المكاتب العبـد والامة (فولدت الامة يدخل الولـد فى كتابة الام وكسبه) اى كسب الولد (لها) اى للام لان تبعية الام ارجح ولهذا يتبعها فى الحرية والرق كما مر فى العتاق حتى لو قتل الولد تكون قيمته للام دون الاب (ولو نكح) اى تزوج (مكاتب بالاذن) اى باذن المولى (امرأة زعمت

انها حرة فولدت) من المكاتب (فاستحقت) اى ثم استحقت بولدها (فولدها عبد) وكذا ان ولدت عن عبد فولدها عبد عند الشيخين لكونه مولودا من المملوكين فيكون رقيقا اذا لولد يتبع الام فى الرق والحرية كما مر مرارا وهو القياس وتركناهذا فى ولد الحر باجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم لان حق المولى مجبور بقيمة واجبة فى الحال بخلاف ولد المكاتب والعبد لان قيمته متأخرة الى العتق هكذا ذكر واهنا لكن فى التبيين هذ امشكل جدا فان دين العبد اذا لزمه بسبب اذن فيه المولى يظهر فى حق المولى ويطالب به للحال والموضوع هنا مغروض فيما اذا كان باذن المولى وانما يستقيم هذا اذا كان التزوج بغير اذن المولى لانه لايظهر الدين فيه فى حق المولى فلايلزم المهر ولاقيمة الولد فى الحال انتهى لكن يمكن الجواب بانه ليس فيه دين كسائر الديون حتى يقاس عليه لان المولى اذن بالتزوج المقيد بكونها حرة لامطلقا فالمغرور هو العبد فلايوجب ان يلزم على المولى مايلزم على العبد عند كون ابنه حرا لان الغرم بالغنم ولاغنم للمولى حتى يجب الضمان ولان ولد المكاتب ليس فى معنى الحر لانه خلق من ماء الرقيق وولد الحر خلق من ماء الحر فافترقا من هذا الوجه فلايلحق بولد الحر المغرور بالقياس والدلالة تدبر (وعند محمد) وزفر والائمة الثلاثة (حر بالقيمة (وتؤخذ منه) اى من المكاتب (قيمته) اى قيمة الولد (بعد عتقه) لانه شارك الحر فى سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور فانه لم يرغب فى نكاحها الالينال حرية الاولاد فيلحق بولد الحر المغرور الاان قيمته تطالب بعد العتق كما فى اكثر الكتب لكن فى التبيين ولدها حر بالقيمة يعطيها للمستحق فى الحال اذا كان التزوج باذن المولى وان كان بغير اذنه يعطيها بعد العتق ثم يرجع هو بما ضمن من قيمة الولد على الامة المستحقة بعد العتق ان كانت هى الغارة له انتهى فعلى هذا يلزم المص التفصيل تتبع (وان وطىء المكاتب امة بملك) اى اذا اشترى المكاتب فوطئها (بغير اذن سيده) وانما اقتصر بغير اذنه مع ان المسئلة على حالها مع الاذن ليفهم منه ماذا كان باذنه بالطريق الاولى (فاستحقت) اى الامة (اخذ منه) اى من المكاتب (عقرها فى الحال) من غير تأخير الى العتق (وكذا ان شراها) اى شرى المكاتب امة شراء (فاسدا فوطئها فردت) بحكم الفساد اخذ منه عقرها فى الحال ايضا من غير تأخير الى العتق (وان وطئها) اى المكاتب الامة بنكاح بان تزوجها بغير اذن المولى فاستحقت (لايؤخذ منه) العقر (الا بعد عتقه) بالاجماع والفرق ان فى الوجهين الاولين ظهر الدين فى حق المولى لان التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة والعقر من توابعها وفى الوجه الثانى لم يظهر لان النكاح ليس من الاكتساب فى شىء فلاتنتظمه

الكتابة فلايظهر فى حق المولى كما فى اكثر الكتب وقال صدر الشريعة ولقائل ان يقول العقر ثبت بالوطئ لابالشراء والاذن بالشراء ليس اذنا بالوطئ والوطئ ليس من التجارة فى شئ فلايكون العقر ثابتا فى حق المولى انتهى وقال يعقوب پاشا هذا القول ليس بظاهره لان وجوب العقر مبنى على سقوط الحد وسقوطه مبنى على الملك والملك مبنى على الشراء وهو مأذون فيه فيكون مأذونا فيما سبق فيما يتعلق به انتهى لكن الاذن بالشئ انما يكون اذنا بما يتعلق به اذا كان مايتعلق به من لوازمه والوطئ ليس كذلك فالاظهر ان الوطئ وان لم يكن من التجارة فى شئ لكن سببه الذى هو الشراء منها وتنزيل السبب منزلة المسبب من القواعد المقررة عندهم تأمل (ومثله) اى مثل المكاتب فى الحكم المذكور (المأذون) له (فى التجارة) قيل هذا اذا كانت الامة المنكوحة ثيبا اما لو كانت بكرا يؤخذ بالعقر حالا وكذا لو نكحها باذن مولاه يؤخذ بالمهر فى الحال

فصل

(واذا ولدت المكاتبة من مولاها) فلها الخيار ان شاءت (مضت على الكتابة او) ان شاءت (عجزت) من التعجيز (نفسها) مفعول عجزت لانه تلقتها جهتا حرية عاجلة ببدل هى الكتابة وآجله بغير بدل وهى امومية الولد فتختار ايهما شاءت (وهى) اى المكاتبة (ام ولده) سواء صدقته اذا ادعى اوكذبته لان للمولى حقيقة الملك فى رقبتها ولها حق الملك والحقيقة راجحة فثبت من غير تصديق بخلاف ما اذا ادعى ولد جارية المكاتب حيث لايثبت النسب من المولى الا بتصديق المكاتبة بخلاف ما اذا ادعى جارية ابنه يثبت نسبه بمجرد الدعوى ولايحتاج الى تصديق الابن (واذا مضت على الكتابة) يعنى اذا اختارت الكتابة ومضت عليها (اخذت) اى ام الولد (منه) اى من مولاه (عقرها) اى مهر مثلها لانها مختصة بنفسها بالكتابة فصار المولى كالاجنبى فى حق نفسها (وان مات المولى) بعد مضيها على الكتابة (عتقت) بالاستيلاد (وسقط عنها البدل) لان كتابتها بطلت وانتفت الفائدة فى ابقائها لانها تعتق مجانا من جهة كونها ام ولد (وان ماتت) المكاتبة (وتركت مالا اديت منه) اى من المال (كتابتها ومابقى) من المال (ميراث لابنها) لثبوت عتقها فى آخر جزء من حيوتها وان لم تترك مالا فلاسعاية على هذا الولد لانه حر قيل لو قال لولدها لكان اشمل للبنت انتهى لكن الابن يأخذ جميع المال وليست البنت كذلك لانها تأخذ النصف والآخر للمولى ومراد المص مايأخذ الجميع وهو الابن فقط لانه قال ومابقى اى مجموع مابقى تأمل (ولايثبت نسب من تلده بعده) اى بعد

الولد الاول (بلا دعوة بل هو مثلها) اى مثل ام الولد (فى الحكم) لحرمة وطئها عليه وولد ام الولد انما ثبت نسبه من غير دعوة اذا لم يحرم على المولى وطئها وان حرم فلا يلزمه حتى اذا عجزت نفسها وولدت بعد ذلك فى مدة يمكن العلوق بعد التعجيز ثبت نسبه من غير دعوة الا اذا نفاه صريحا كسائر امهات الاولاد ولو لم يدع الولد الثانى وماتت من غير وفاء سعى هذا الولد فى بدل الكتابة لانه مكاتب تبعا لها ولو مات المولى بعد ذلك عتق و بطلت عنه السعاية لانه فى حكم امه (وان كاتب) شخص (مدبره اوام ولده صح) مافعله من الكتابة لقيام الملك فيهما وان كانت ام الولد غير متقومة عند الامام (فان مات) المولى (عتقت) ام الولد المكاتبة (مجانا) اى بغير شئ لانها عتقت بالاستيلاد والبدل وجب لتحصيل العتق وقد حصل و يسلم لها الاولاد والاكساب لانها عتقت وهى مكاتبة وملكها يمنع من ثبوت ملك الغير فصار كما اذا اعتقها المولى فى حال حيوته (والمدبر) المكاتب (يسعى) بعد موت المولى (فى جميع (بدل كتابته) ان شاء (او) يسعى (ثلثى قيمته ان كان) المولى يموت (معسرا) عند الامام لانه استحق حرية الثلث ظاهرا فالانسان لايلتزم المال فى مقابلة مايستحق حريته مجانا فيبقى البدل جميعا فى مقابلة ثلثى الرقبة كما اذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلثا على الف يصير كل الالف فى مقابلة الواحدة الباقية بخلاف ما اذا تقدمت الكتابة لان البدل يقابل بكل الرقبة لا بثلثيها اذ لا استحقاق عند عقد الكتابة فى شئ من الحرية (وعند ابى يوسف يسعى فى الاقل من البدل اومن ثلثى قيمته) لكون الاقل نافعا (وعند محمد يسعى فى الاقل من ثلثى البدل اومن ثلثى القيمة) لان المدبر يعتق ثلث رقبته مجانا فتسقط حصته من بدل الكتابة كما تسقط من قيمته فيبقى الثلثان من البدل فصار الاختلاف بينهم فى الخيار وفى المقدار لان ابا يوسف مع الامام فى المقدار ومع محمد فى نفى الخيار فالخيار عند الامام فرع التجزى وعدم الخيار عندهما لعدم التجزى لما بين فى موضعه وانما وضع المسئلة فى العسر لانه ان كان له مال غيره وهو يخرج من الثلث عتق و بطل كتابته (وان دبر) المولى (مكاتبه صح) التدبير بالاجماع لانه يملك تنجيز العتق فيه فيملك التعليق بشرط الموت (ومضى عليها) اى على الكتابة ان شاء (او عجز) من التعجيز (نفسه وصار مدبرا) لان الكتابة عقد غير لازم فى حق العبد وان كان لازما فى حق المولى (فان مضى عليها) اى على الكتابة (فات سيده) حال كونه (معسرا يسعى) المدبر (فى ثلثى البدل او) فى (ثلثى قيمته عند الامام) لان الاعتاق متجز فيسقط من بدل الكتابة الثلث فيختار منهما ماشاء (وعندهما يسعى فى الاقل من ثلثى كل

منهما) لان العاقل يختار اقل الدينين ضرورة فالخلاف فى الخيار مبنى على تجزى الاعتاق وعدم تجريه اما المقدار هنا فتفق عليه (وان اعتق مكاتبه عتق) لقيام الملك فيه (وسقط عنه بدل الكتابة) لانه التزمه ليحصل العتق وقد حصل بدونه (وان كوتب) العبد (على الف مؤجل فصالح على نصفه حالا صح) الصلح والقياس ان لا يجوز لانه اعتياض بالمال الحال عن الآجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربو اوبه قال ابو يوسف وزفر والشافعى ومالك كما فى عيون المذاهب وجه الاستحسان ان الاجل فى حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا بالاجل دون وجه آخر وبدل الكتابة ليس بمال من وجه حيث لا تجوز الكفالة به دون وجه آخر فاستويا فى كونهما مالا وغير مال (وان مات مريض)وهو الذى قد كان (كاتب عبدا قيمته الف) فكاتبه (على الفين الى سنة ولا مال له) اى للمريض (غيره) اى غير العبد (ولم يجز الورثة) ذلك (ادى العبد)المكاتب(ثلثى البدل حالا و) ادى الباقى الى اجله) اى عند انتهاء اجله (اويرد رقيقا) عندالشيخين لان جميع المسمى بدل الرقبة وحق الورثة متعلق بجميع المبدل فيصير متعلقا بكل البدل ولذا يكون عتقه متعلقا باداء الكل فلا يجوز فى قدر الثلثين منه (وعند محمد) ان شاء (يؤدى ثلثى قيمته) وهى الف (للحال والباقى الى اجله اورد رقيقا) لان المريض ليس له التأجيل فى ثلثى القيمة اذلا حق له فيه واما فى الزيادة فيجوز الترك فيصح بالتأخير (وان كاتبه على الف) الى سنة (وقيمته الفان ولم يجيزوا) اى الورثة (ادى ثلثى القيمة للحال اورد الى الرق اتفاقا)يعنى انه يخير بين الامرين لان المحاباة هنا حصلت فى القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما اى يصح تصرفه فى ثلثى القيمة لا فى حق الاسقاط ولا فى التأخير كما فى المنح (ومثلها) اى مثل الكتابة (البيع) يعنى اذا باع المريض داره بالعين الى سنة وقيمتها الف ثم مات ولم يجز الورثة فعندهما يقال للمشترى اد ثلثى جميع الثمن حالا والثلث الى اجله والا فانقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه كما فى الهداية (وان كاتب حر عن عبد بالف وادى) الحر الالف (عتق ولا يرجع الحر به) اى بالالف (عليه) اى على العبد لكونه متبرعا اذلم يأمره بذلك صورة المسئلة ان يقول الحر لولى العبد كاتب عبدك على الف درهم سواء شرط العتق بادائه بان قال ان اديت اليك فهو حرا ولم يقل ذلك فكاتب المولى ثم ادى الحر الالف يعتق فى الصورتين اما فى الاولى فبحكم الشرط واما فى الثانية فلعدم توقف الكتابة المزبورة على قبول الغائب فيما ينفعه وهو صحة اداء الحر القابل بعقد الكتابة استحسانا وفى القياس لا يعتق لان الشرط

معدوم والعقد موقوف على قبول العبد الغائب فيما يضره وهو وجوب البدل عليه والموقوف لاحكم له (وان قبل العبد) حين بلوغ الكلام اليه قبل اداء الحر (فهو) اى العبد (مكاتب) لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته وقبوله اجازة وانما قلنا قبل ادائه لانه ان قبل بعد اداء الحر فلا يكون حكم المكاتب لوجود الحرية قبل ان قال العبد لا اقبله ثم ادى الفا بل لايعتق لان العقد ارتد برده (وان كاتب) المولى (عبدا عن نفسه وعن آخر غائب) بان قال الحاضر لمولاه كاتبني بالف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب فكاتبهما (فقبل) العبد الحاضر (صح) عقد الكتابة والقياس ان لايجوز الا عن نفسه لولايته عليها ويتوقف فى حق الغائب لعدم الولاية عليه وجه الاستحسان ان الحاضر اضاف العقد الى نفسه ابتداء فجعل نفسه اصيلا والغائب تبعا فيصح كالامة كوتبت دخل اولادها تبعا حتى عتقوا بادائها ولايلزم عليهما من البدل شئ وقبول الغائب ورده لغو) اذلايتوقف فى حقه (ويؤخذ الحاضر بكل البدل) لان كل البدل عليه (ولايؤخذ الغائب بشئ) من البدل لكون العقد نافذا على الحاضر ولو اكتسب الغائب شيئا ليس للمولى ان يأخذه وليس له ان يبيعه من غيره ولو برأه المولى او وهبه مال الكتابة لايصح لعدم وجوبه عليه ولو ابرأ الحاضر او وهبه له عتقا جميعا ولو اعتق الغائب سقط عن الحاضر حصته من البدل وان اعتق الحاضر او مات سقطت حصة الحاضر وادى الغائب حصته حالا والاردقنا (وايهما) اى اى واحد من الاثنين وهما الحاضر والغائب (ادى) بدل الكتابة (اجبر المولى على القبول) اى على قبول المدفوع اليه اما الحاضر فلان البدل عليه واما الغائب فلانه ينال به شرف الحرية وان لم يكن البدل عليه وصار كمعير الرهن اذا ادى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه (وعتقا) اى الحاضر والغائب جميعا لوجود الشرط فى حقهما وهو اداء بدل الكتابة (ولايرجع احدهما على الآخر) بما ادى الى المولى من بدل الكتابة اما الحاضر فلانه قضى دينا عليه واما الغائب فلانه ادى بغير امره (وكذا لو كاتبهما معا) اى لو كاتب عبديه كتابة واحدة ان اديا عتقا وان عجز اردا الى الرق ولايعتقان الا باداء الجميع لان الكتابة واحدة وشرطها فيهما معتبر وايهما ادى اجبر المولى على القبول وعتقا (ولايعتق احدهما باداء حصته) لانهما كشخص واحد (بخلاف مالو كانا) اى العبد ان (لاثنين) اى لرجلين وكاتباهما كذلك فكل واحد منهما مكاتب لحصته يعتق بادائها لان كل واحد من السيدين انما استوجب البدل على مملوكه ويعتبر شرطه فى مملوكه لا فى مملوك غيره بخلاف المسئلة الاولى

لان شرطه معتبر فى حقهما لانهما مملوكاه كما فى الاختيار (ولو عجز احدهما) فى المسئلة الاولى فرد الى الرق اما بتصا لحهما او برده القاضى ولم يعلم الآخر (ثم ادى الآخر الكل عتقا) جميعا لما مر انهما كشخص واحد ولو ذكر هذه المسئلة عقيب الاولى لكان او ضح وانسب تدبر (وان كاتبت امة عنها وعن ولدين (صغيرين لها جاز)) العقد استحسانا اذا قبلت الامة (واى) واحد من الثلثة وهم الام والابنان (ادى اجبر المولى على القبول وعتقوا) لانها جعلت نفسها اصلا فى الكتابة واولادها تبعا ولو اعتق المولى الام بقى عليهما من بدل الكتابة بحصتهما يؤديانه فى الحال و يطالب المولى الام بالبدل دونهما ولو اعتقهما سقط عنها حصتهما وعليها الباقى على نجومها كما مر فى كتابة الحاضر والغائب (ولا يرجع على غيره) بشئ لكونه منتفعا بالاداء ومتبرعا فى حق الغير

﴿ باب كتابة العبد المشترك ﴾

بين الاثنين ذكر كتابة المشترك بعد غير المشترك لان الاشتراك خلاف الاصل ولان المشترك من غيره كالمركب من المفرد (ولو اذن احد الشريكين فى عبده للآخران يكاتب حصته منه) اى من العبد (بالف) درهم (و يقبض البدل) اى بدل الكتابة (ففعل المأذون) اى كاتب الشريك المأذون (وقبض البعض) اى بعض البدل (فعجز المكاتب) عن اداء باقيه (فالمقبوض) من البدل (للقابض خاصة) عند الامام لان الكتابة متجزئة على قوله لافادتها الحرية يدا فيكون مقتصرا على نصيبه ودالا على اذن للعبد بالاداء اليه فيكون متبرعا فى نصيبه على القابض فيكون كل المقبوض له (وقالا هو) المكاتب (بينهما) وما ادى فهو بينهما لان الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لان الكتابة لا تتجزى عندهما كالحرية فيكون القابض اصيلا فى بعض مقبوضه ووكيلا فى بعضه لشريكه فيصير المقبوض مشتركا بينهما بعد العجز كما كان مشتركا قبل العجز (امة) مشتركة (لرجلين كاتباها فاتت بولد فادعاه احدهما) اى ادعى احد الشريكين الولد (ثم اتت بآخر) اى بولد آخر (فادعاه) الشريك (الآخر فعجزت) الامة عن اداء البدل (فهى) اى الامة (ام ولد) الشريك (الاول) لان دعوته صحيحة لقيام ملكه وكون استيلاده غير متجز الا ان المكاتبة لا تقبل النقل من ملك الى ملك فتقتصر امومية الولد على نصيبه كما فى المدبرة المشتركة وكذا دعوة الآخر صحيحة فى ولدها الثانى مادامت الامة باقية على الكتابة لقيام ملكه ثم ان الكتابة لما جعلت كأن لم تكن بسبب العجز

وقع وطئ الآخر حقيقة فى ام ولد الغير وظهر ان كل الامة ام ولد للاول لزوال الكتابة المانعة من الانتقال ولتقدم وطئه (وضمن الاول) للثانى (نصف قيمتها) لانه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد (و) ضمن (نصف عقرها) لوطئه جارية مشتركة (و) ضمن (الثانى) للاول (تمام عقرها) لانه وطئ ام ولد الغير حقيقة (و) ضمن (قيمة الولد) الثانى (وهو) اى الولد الثانى (ابنه) اى ابن الثانى لانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما طاهرا وولد المغرور ثابت النسب منه وحر بالقيمة كما عرف فى موضعه (وايهما) اى اى واحد من الشريكين (دفع العقر اليها) اى المكاتبة (قبل العجز جاز) دفعه لانه حقها حال قيام الكتابة لاختصاصها بنفسها فاذا عجزت ترد الى المولى لانه ظهر اختصاصه بها هذا كله عند الامام (وعندهما) كل الامة ام ولد للاول حين ادعائه لان تكميل امومية الولد واجب بالاتفاق فيما امكن بناء على ان استيلاد المكاتبة غير متجز والتكميل ممكن بسبب فسخ الكتابة بالاستيلاد فيما لا يتضرر به المكاتبة فينتقل نصيب الثانى الى الاول كما ينتقل بفسخ الكتابة بالعجز و (لا يثبت نسب الولد) الثانى (من الثانى) لان وطئ الثانى صادف ام ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه (ولا يضمن) الثانى (قيمته) اى قيمة الولد ولا يكون حرا عليه بالقيمة غير انه لا يجب الحد عليه للشبهة وهى شبهة انها مكاتبة بينهما (وحكمه) اى حكم الولد (كامه) يعنى يكون تابعا لامه فى الاستيلاد (ويضمن تمام العقر) لان الحد لا يعرى عن احد الغرامتين والحد مندرئ للشبهة فتحقق الغرامة (ويضمن الاول) للآخر (نصف قيمتها مكاتبة عند ابى يوسف) لانه يملك نصيب شريكه وهى مكاتبة سواء كان موسرا او معسرا لانه ضمان التملك (و) يضمن (الاقل منه) اى من نصف قيمتها (و) من نصف (ما بقى من البدل) اى بدل الكتابة (عند محمد) لان حق الآخر فى نصف الرقبة نظرا الى العجز وفى نصف البدل نظرا الى الاداء فللتردد يلزم اقلهما لتيقنه واذا انفسخت الكتابة فى حصة الشريك عندهما قبل العجز فكلها مكاتبة للاول بنصف البدل عند الشيخ ابى منصور و بكل البدل عند عامة المشايخ (ولو لم يطأ الثانى) الامة المكاتبة المشتركة بعد استيلاد الاول (بل دبرها فعجزت) عن الكتابة (بطل التدبير) بالاجماع لان الاول تملك نصيب شريكه بالعجز من وقت وطئه على مذهب الامام او تملك كلها بالاستيلاد قبل العجز على مذهبهما فالتدبير يقع فى ملك غيره (وهى) اى الامة (ام ولد الاول) لزوال الكتابة المانعة بالعجز ولزوم استكمال الاستيلاد (والولد له) اى للاول

لصحة دعوته (وضمن) الاول لشريكه (نصف قيمتها) لتملكه بالاستيلاد (ونصف عقرها) لوقوع الوطئ في المشتركة (ولو اعتقها احدهما) اى اعتق احد الشريكين الامة المكاتبة المشتركة حال كونه (موسرا فعجز عن الكتابة (ضمن المعتق) لشريكه (نصف قيمتها ويرجع) المعتق (به) اى بما ضمنه (عليها) اى على الامة لان الساكت عن التحرير يضمن المحرر وهو ايضا يضمنها عند الامام (خلافا لهما) اى قالا لايرجع عليها اذ بالعجز صارت كأنها لم تزل عن القنية وهذا الخلاف على مامر ان الساكت اذا ضمن المعتق يرجع عنده لاعندهما وان لم تعجز الامة عن اداء البدل حال كون المعتق موسرا فلا ضمان عند الامام اذ بالاعتاق لم يتغير نصيب الساكت بناء على ان الاعتاق متجز عنده وهي مكاتبة قبل الاعتاق (وعندهما يضمن الموسر وتجب السعاية في المعسر) لان الاعتاق لما كان لايتجزى عندهما يعتق الكل فان كان المعتق موسرا يضمن للساكت قيمة نصيبه من الكتابة وان كان معسرا تسعى الامة لان ضمان الاعتاق يختلف باليسار والاعسار كما بين في موضعه (ولو دبر احد الشريكين ثم اعتق الآخر) حال كونه (موسرا ضمنه المدبر) بكسر الباء يعني للمدبر ان يضمن المعتق نصف قيمته ان شاء (او استسعى العبد او اعتقه) اى خير المدبر بين الثلاثة عند الامام (وان عكسا) اى ان اعتقه احد الشريكين ثم دبره الآخر (فالمدبر) بالكسر (يعتق او يستسعي) ولايضمن عند الامام ووجهه ان التدبير يتجزى عنده فتدبير احدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الآخر فتثبت له خيرة الاعتاق والتضمين والاستسعاء لما عرف من مذهبه واذا اعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء واعتاقه يقتصر على نصيبه لانه يتجزى عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه فله ان يضمنه قيمة نصيبه وله خيار العتق والاستسعاء ايضا كما هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين وقيل يجب ثلثا قيمته قنا كما في الهداية (وعندهما ان دبر الاول ضمن نصف قيمته موسرا او معسرا) لانه ضمان تملك فلا يختلف بهما (وعتق الآخر لغو) لان التدبير لايتجزى عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته قنا لانه صادفه التدبير وهو قن (وان اعتق الاول ضمن) لشريكه نصف قيمته (لو) كان (موسرا او استسعى العبد لو) كان (معسرا) لان هذا ضمان الاعتاق فيختلف باليسار والاعسار عندهما (وتدبير الآخر لغو) لان الاعتاق لايتجزى فعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتمد

باب العجز والموت

اى موت المكاتب وموت المولى تأخير باب احكام هذه الاشياء ظاهر التناسب

لان هذه الاشياء متأخرة عن عقد الكتابة (اذا عجز المكاتب عن نجم) اى مكاتب عجز عن اداء وظيفة مقطوعة من بدل الكتابة لما مر ان النجم فى الاصل المطالع ثم سمى به الوقت ثم الوظيفة التى تؤدى فى ذلك الوقت للملابسة بينهما (فان رجى له حصول مال) بان كان لهذا المكاتب على آخر دين يرجى ان يكون مقبوضا او مال يرجى قدومه (لايعجل الحاكم بتعجيزه) و يمهل يومين او ثلاثة ايام نظرا للجانبين والثلاثة هى المدة التى ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع والمديون المقر للقضاء و كشرط الخيار ونحو ذلك فلا يزاد عليه (والا) اى ان لم يرج له حصول مال (عجزه) الحاكم (وفسخ الكتابة ان طلب سيده او عجزه سيده برضاه) اى برضاء المكاتب وان لم يرض به العبد فلا بد من القضاء بالفسخ عند الطرفين لان الكتابة عقد لازم تام فلا يفسخ الا بالقضاء او الرضاء كما فى الرجوع عن الهبة وفى بعض الروايات ينفرد المولى بالفسخ كما فى الكافى وللمولى حق الفسخ فى الكتابة الفاسدة بلا رضاء العبد وللعبد حق الفسخ ايضا فى الجائزة والفاسدة بغير رضاء المولى كما فى التنوير (وعند ابى يوسف لايعجز) اى لا يحكم الحاكم بعجزه (ما لم يتوال عليه نجمان) لقول على رضى الله تعالى عنه اذا توالى على المكاتب نجمان رد الى الرق والاثر فيما لا يدرك بالقياس كالخبر ولهما ماروى عن ابن عمر رضى الله عنهما ان مكاتبا له عجز عن نجم فرده الى الرق وان الحق بالعقد من جانب المولى تعيين المسمى عند انقضاء النجم الاول وانه قد فات فوجب تخييره كما لو توالى عليه نجمان وهذا لان الكتابة قابلة للفسخ والاخلال بالنجم الواحد اخلال بما هو غرض المولى من الكتابة فوجب له حق الفسخ دفعا للضرر عنه كفوات وصف السلامة فى المبيع وفى المضمرات ان الصحيح قولهما (واذا عجز المكاتب (عادت اليه احكام رقه) لان فك الحجر كان لاجل عقد الكتابة فلا يبقى بدون العقد (وما فى يده) من الاكتساب (لمولاه) اذا ظهر انه كسب عبده بسبب عجزه (و يحل) فى يد المكاتب (له) اى للمولى (ولو) وصلية كان (اصله من صدقة) ولم يكن المولى مصرفا للصدقة زكوة كانت او غيرها لانه اخذه عوضا عن العتق زمان الاخذ والمكاتب قد اخذه صدقة وهو من المصارف ومن الاصول المقررة ان تبدل الملك قائم مقام تبدل الذات اخذا لقوله عليه السلام لبريرة هى لك صدقة ولنا هدية كما مر وفى المنح ولا فرق على الصحيح بين ما اذا اداه الى المولى ثم عجز او عجز قبل الاداء وفى العناية تفصيل فليراجع (وان مات) المكاتب (عن وفاء) اى ان مات وله مال يفى ببدل الكتابة (لايفسخ) الكتابة (و يؤدى بدلها) اى بدل الكتابة

من ماله و يحكم بعتقه فى آخر جزء من اجزاء حيوته و يورث مابقى) من ماله وهو قول على وابن مسعود رضى الله عنهما و به اخذ علماؤنا لان الكتابة عقد معاوضة فلا تبطل بموته كما لا تبطل بموت مولاه اذ المعاوضة تقتضى المساواة قال الجمهور ان المكاتب يعتق فى آخر جزء من اجزاء حيوته لان بدل الكتابة هو سبب الاداء موجود قبل الموت فيستند الاداء الى ماقبله فيجعل اداء نائبه كادائه ولان بدل الكتابة يقام فى آخر عمره مقام التخلية وهو الاداء فيكون المولى مستحقا عليه قبل الموت وقال البعض ان المكاتب يعتق بعد الموت وقال زيد بن ثابت رضى الله عنه تفسخ الكتابة بموت المكاتب كما اذا لم يترك مالا وافيا و به اخذ الشافعى لفوات المحل (و يعتق اولاده الذين شراهم) فى كتابته (او ولدوا فى كتابته) متعلق بقوله شراهم وولدوا على التنازع حتى لو ولدوا قبل الكتابة لا يتبعون ولا يعتقون الا ان يكونوا صغيرين وعن هذا قال (او) اولاده الذين (كوتبوا معه تبعا) بان يكونوا صغيرين (او قصدا) بان يكونوا كبيرين ولكن كوتبوا معه لان الصغير يتبعون الاب فى الكتابة والكبيرين يجعلون مع الاب كشخص واحد فيعتقون و يرثون اما لو كان الاب والد مكاتبين بعقد على حدة يعتق من وقت اداء بدل الكتابة مقصورا عليه ولا يرث لانه مق بالكتابة كما فى شرح الوقاية لابن الشيخ (وان لم يترك وفاء) اى ان مات المكاتب ولم يترك مالا يفى ببدل الكتابة (وله ولد ولد فى كتابته سعى) الولد فى كتابة ابيه كما كان يسعى ابوه (على نجومه) اى على نجوم ابيه المقسطة (فاذا ادى) الولد الكتابة (حكم بعتقه) اى يعتق الولد لانه داخل فى كتابة ابيه فيعتق يعتقه (وعتق ابيه قبل موته) يعنى فى آخر جزء من اجزاء حيوته (والولد المشرى) اى الولد الذى اشتراه المكاتب فى كتابته ومات (اما ان يؤدى البدل حالا او يرد فى الرق) عند الامام لان حكم العقد لم يسر اليه لكنه اذا ادى فى الحال فقد ظهر ان اباه مات عن وفاء وان الكتابة باقية وانه مات حرا (وعندهما هو) اى الولد المشرى (كالاول) اى كالمولود فى الكتابة لكونه مكاتبا بتبعية الاب و به قال مالك وفى التنوير اشترى المكاتب ابنه فمات عن وفاء ورثه ابنه (وان مات المكاتب وترك ولدا من) امرأة (حرة وترك دينا على الناس فيه وفاء) ببدل الكتابة فجنى الولد فقضى) اى قضى القاضى (بارش الجناية على عاقلة الام لا يكون ذلك قضاء بعجز المكاتب) لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لانها يقتضى الحاق الولد بموالى الام وايجاب الدية عليهم لكن على وجه يحتمل ان يعتق فيجر الولاء الى موالى الاب والقضاء بما يقرر حكم الكتابة لا يكون تعجيزا عنها (وان اختصم موالى الام و) موالى (الاب فى ولائه فقضى به) اى قضى القاضى

بالولاء لموالى الام فهو قضاء بعجزه) اى المكاتب لان هذا اختلاف فى الولاء مقصودا وذلك على بقاء الكتابة وانتقاضها فانها اذا فسخت مات عبدا واستقر الولاء على موالى الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء الى موالى الاب وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه القضاء ولهذا كان تعجيزا وهذا كله فيما اذا مات المكاتب عن وفاء فاديت الكتابة او عن ولد فاداها اما اذا مات لاعن وفاء ولاعن ولد فاختلفوا فى بقاء الكتابة قال الاسكاف تنفسخ حتى لو تطوع انسان باداء بدل الكتابة عنه لايقبل منه وقال ابو الليث لاتنفسخ ما لم يقض بعجزه حتى لو تطوع به انسان عنه قبل القضاء بالفسخ جاز ويحكم بعتقه فى آخر حيوته كما فى شرح الكنز للعينى (ولو جنى عبد فكاتبه سيده) حال كونه (جاهلا بجنايته فعجز) العبد عن الكتابة فالمولى بالخيار (ان شاء دفع) العبد بالجناية الى المجنى عليه (او فدا) العبد بالارش لانه الموجب لجناية العبد فى الاصل ولم يكن عالما بالجناية حتى يصير مختار الفداء ولهذا قيده بكونه جاهلا لكن الكتابة مانعة للدفع فاذا زال المانع عاد الحكم الاصلى (وكذا) الحكم (لو جنى المكاتب فعجز) عن الكتابة (قبل القضاء به) اى بموجب الجناية لانه لما عجز صار قنا وحكم جناية القن يخير فيه المولى بين الدفع والفداء على ما عرف فى موضعه (ولو عجز (بعد ما قضى عليه) اى على المكاتب (به) اى بموجب الجناية فى حال كتابته فعجز (فهو) اى موجب الجناية (دين) عليه (و يباع) العبد (فيه) لانتقال الحق من رقبته الى قيمته بالقضاء هذا عندنا لما مر من الاصل فى جناية العبد وجوب الدفع الا اذا تعذر التسليم لوجود المانع عن الانتقال من ملك الى ملك وهو قابل للفسخ والزوال فيكون المانع مترددا فلم يثبت الانتقال الا بالقضاء او بالرضاء او بالموت عن الوفاء بخلاف التدبير والاستيلاد لان المانع لايقبل الانتقال فوجبت القيمة بلا توقف وعند زفر وهو قول ابى يوسف اولا يباع فيه وان عجز قبل القضاء لان المانع من الدفع قائم وقت وقوع الجناية وهو الكتابة فوجبت القيمة بنفس الوقوع كجناية المدبر وام الولد وفى الدرر اقر المكاتب بجناية خطاء لزمته وحكم بها عليه لان جنايته مستحقة فى كسبه وهو احق باكسابه فنفذ اقراره كالحر واذا لم يحكم عليه حتى عجز بطلت (ولا تنفسخ الكتابة بموت السيد) لان الكتابة من اسباب العتق والعتق حق للمكاتب وكذا سببه حق له فلا تبطل بموت السيد كالتدبير وامومية الولد والدين والاجل اذا مات الطالب (و يؤدى المكاتب (البدل الى ورثته) اى الى ورثة سيده (على نجومه لان النجوم حقه لانه اصل وهو حق المطلوب فلا يبطل بموت الطالب كالاجل فى الدين هذا اذا كاتبه وهو صحيح ولو كاتبه وهو مريض لايصح تأجيله الا من الثلث

(فان اعتقه) اى العبد المكاتب (بعضهم) اى بعض الورثة (فى مجلس و) اعتقه (الآخر فى) مجلس (آخر لا ينفذ) عتقه لانه لم يملكه اذ المكاتب لا ينتقل من ملك المورث الى ملك الوارث كما لا يملك بسائر اسباب الملك ولا تسقط حصته من البدل عندنا خلافا للشافعى وقيل يعتق اذا اعتقه الباقون مالم يرجع الاول (وان اعتقوه) اى جميع الورثة فى مجلس واحد (كلهم عتق) العبد المكاتب (مجانا) والقياس ان لا يعتق لعدم ملكهم وجه الاستحسان انه يجعل ابراء عن بدل الكتابة اقتضاء تصحيحا للعتق كما اذا ابرأه المولى عن كل بدل الكتابة وفى التنوير مكاتب تحته امة طلقها ثنتين فملكها لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره كاتبا عبدا كتابة واحدة وعجز المكاتب لا يعجزه القاضى حتى يجتمعا

كتاب الولاء

اورد كتاب الولاء عقيب المكاتب لانه من آثار زوال ملك الرقبة وهو لغة القرابة وسرعا قرابة حكمية حاصلة من العتق او من الموالاة وهى المتابعة لان فى ولاء العتاقة ارثا يوالى وجود الشرط وكذا فى ولاء الموالاة وقيل الولاء والولاية بالفتح النصرة والمحبة بالعتق ولو بمال او بالعقد والوعد ولو كافرا فالولاء عبارة عن النصرة بالعتق او بالعقل فيرثه شرعا عند عدم المانع من الارث وفى التنوير هو عبارة عن التناصر بولاء العتاقة او بولاء الموالاة ومن آثاره الارث والعقل (الولاء لمن اعتق) وهو لفظ الحديث اخرجه الائمة الستة عن عائشة الصديقة رضى الله تعالى عنها عن النبى عليه السلام الولاء لمن اعتق يعنى اعتق مملوكه ذكرا كان السيد اوانثى فولاؤه له ولذا قال الجمهور سبب هذا الولاء الاعتاق والاصح ان سببه العتق على ملكه لانه يضاف اليه يقال ولاء العتاقة ولا يقال ولاء الاعتاق والاضافة دليل الاختصاص وهو بالسببية ولان من ورث قريبه فعتق عليه كان مولى له ولا اعتاق من جهته والحديث لا ينافى ان يكون العتق على الملك هو السبب لان العتق يوجد عند الاعتاق لا محالة وتخصيصه به خرج مخرج الغالب (ولو) وصلية (بتدبير) بان دبر عبده فمات وعتق من ثلثه (او استيلاد) بان استولد جارية ومات عتقت من جميع ماله (او كتابة) بان كاتب عبده وادى بدل الكتابة فعتق (او وصية او ملك قريب) بان ملك اباه او ابنه بشراء او هبة او نحو ذلك فعتق عليه وذلك لاطلاق الحديث قال صدر الشريعة فان قيل كيف يكون الولاء فى التدبير والاستيلاد للسيد والمدبر وام الولد انما يعتقان بعد موت السيد قلنا صورته ان يرتد السيد ويلحق

بدار الحرب حتى يحكم بعتق مدبره وام ولده ثم جاء مسلما فات مدبره اوام ولده
فالولاء له انتهى وفيه كلام لان الغرض اثبات الولاء للسيد في جميع المواد كما يدل
عليه تصوير المسئلة فالجواب ان يقال ان الولاء يثبت ابتداء للمولى ثم ينتقل الى
ورثته فيستقيم الكلام في المكاتب الذى ادى البدل بعد موت السيد الى الورثة
وكذا في العبد الموصى بشرائه ثم اعتقه وغيرهما تدبر (ولغا شرطه لغيره
اوسائبة) يعنى لو اعتق العبد وشرط الولاء لغيره اوشرط ان يكون معتقا
ولاولاء بينهما او يرثه غيره كان الشرط لغوا لانه مخالف الشرع فيرثه كما في النسب
اذا شرط ان لايرثه ومافى شرح الوقاية لصدر الشريعة من ان ذلك شرط
مخالف لمقتضى العقد مقام النص سهو من قلم الناسخ تتبع (ومن اعتق)
امة (حاملا من زوج قن) للغير (فولدت) الامة الحامل ولدا بعد عتقها
(لاقل من نصف سنة فولاء الولد له) اى لمولى الام (لاينتقل) ولاء الحمل
(عنه) اى عن مولى الام الى مولى الاب ان اعتق ابوه (ابدا) لانها لما
اعتقت وتيقن وجود الحمل في ذلك الوقت عتق حملها مقصودا لانه جزؤها
فلا ينتقل من مواليها الولاء على التأبيد لقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق
(وكذا لوولدت) الامة المذكورة ولدين (توأمين احدهما) اى ولادة
احدهما (لاقل من نصفها) اى من نصف السنة من وقت الاعتاق والآخر
لاكثر منه وبين الولدين اقل من ستة اشهر فولاؤهما لمولى الام ابدا بلانقل عنه
الى مولى الاب ان اعتق الاب لان التوأمين تخلقا من ماء واحد فيعتقان معا
بالاعتاق المزبور لو كان مابين الولدين اقل من اقل مدة الحمل (وان ولدت) الامة
المزبورة ولدا بعد عتقها (لاكثر من ذلك) اى من نصف سنة (فولاؤه)
اى الولد (له) اى لمولى الام ايضا لان الولد جزؤها فيتبعها في الصفات
الشرعية الايرى انه يتبعها في الحرية والرق فكذا في الولاء عند تعذر جعله تبعا
للاب لرقه (لكن ان اعتق الاب) والولد حى (جره) اى جر الاعتاق
الولاء (الى مواليه) اى يجر الاب ولاء ابنه من مولى الام الى قوم نفسه لان
الولاء لحمة كلحمة النسب ثم النسب من الآباء وكذا الولاء وانما يكون من
الامهات للضرورة وقد زالت بالعتق فينتقل الى مولى الاب كولد الملاعنة
ينسب الى قوم الام ثم اذا اكذب نفسه ينتقل الى الاب لزوال المانع فان مات
مولى الاب قبل الولد بعد اعتاق الاب لايكون مولى الام وارثا بذلك الولاء
كما قال ابن كمال الوزير في شرح الفرائض وفى التبيين هذا اذا لم تكن
معتدة فان كانت معتدة فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر من وقت
العتق ولاقل من سنتين من وقت الفراق لاينتقل ولاؤه الى موالى الاب

لانه كان موجودا عندعتق الام ولهذا ثبت نسبه من الزوج (ولا يرجع
(الاولون عليهم بما عقلو عنه قبل الجر) اى لو تزوجت معتقة بعبدفولدت
اولادا فجنى الاولاد فعقلهم على مولى الام لا يرجعون على عاقلة الاب
بما عقلوا لانه حين عقل عنه قوم الام كان النسب ثابتا لهم وانما يثبت لقوم
الاب مقتصرا على زمان الاعتاق لان سببه هو العتق فلا يرجعون به (ولو تزوج
اعجمى) حرالاصل (له مولى موالاة اولامعتقة) سواء كانت (معتقة العرب)
او العجم) وماوقع فى القدورى وهو من تزوج من العجم بمعتقة للعرب اتفاقا (فولدت)
ولدا (منه) اى من العجم (فولاء الولد لمواليها) اى موالى الام عند الطرفين
(وعند ابى يوسف حكمه) اى حكم الولد (حكم ابيه) فيكون الولاء لموالى ابيه لا لمواليها
لانه كالنسب والنسب الى الاب وان كانت الام اشرف لكونه اقوى وبه قالت الائمة
الثلاثة ولهما ان ولاء العتاقة قوى معتبر والنسب بين العجمين ضعيف لانهم ضيعوا
انسابهم ولا تفاخر لهم به وكذا ولاء الموالاة ضعيف والضعيف لا يعارض القوى قيد
بالاعجمى لان اباه ان كان عربيا يكون ولاؤه لموالى ابيه اتفاقا لشرف نسبه
وقيدنا بالحر الاصل لان الابوين لو كانا معتقين فالنسبة الى قوم الاب اتفاقا
لانهما استويا والترجيح لجانب الاب وقيد بمولى الموالاة لانه لو كان مولى عتاقة فولاؤه
لموالى ابيه اتفاقا وفصل صاحب الدرر فى هذا المحل وحاصله ان الام اذا كانت حرة
الاصل بمعنى عدم الرق فى اصلها فلا ولاء على ولدها لانه كما لا ينتقل الولاء فى المسئلة
الاولى وهى قوله ومن اعتق حاملا الخ فلان لا ينتقل عند كونها حرة الاصل بالطريق
الاولى ويوافق ماذكر فى البدايع والتكملة ومختصر المحيط من اشتراط عدم كون
الام حرة اصلية فى ثبوت الولاء واما فى المنية وان كان المتبادر منه المخالفة لكنه
لا مخالفة فى الحقيقة على ماحقق فى الدرر وذهب البعض الى ثبوته عند كون
الام حرة اصلية ومن علماء هذه الدولة منهم من افتى على الثبوت ومنهم من على
خلافه والمولى ابو السعود افتى اولا على الثبوت ثم رجع وافتى على خلافه وثبت
عليه كما فصل فى حاشية عزمى زاده على الدرر وموجب مايقتضيه الاصول عدم
الثبوت لان الولاء يتفرع على زوال الملك وهو على ثبوته وثبوته فى الولد من
جانب الام البتة واذا كانت حرة اصلية كيف يتصور الملك على الولد وينبغى
ان يتنبه ان لفظ حرالاصل يستعمل فى معنيين عدم جرى الرق على النفس
من حين العلوق مع جريه على الاصل وعدم جريه على الاصل ابدا
والاختلاف انما هو على المعنى الثانى واما على الاول فلا نزاع فى الثبوت
ومرجع مسائل الولاء الى هذه الصور وهى ان الولد اما ان تكون امه حرة
اصلية بهذا المعنى اولا وح اما ان تكون معتقة حال الحمل من قن ولدت لاقل

من نصف سنة اولا وح اما ان يكون ابوه رقيقا اولا وح اما ان يكون حر الاصل بهذا المعنى اولا فان كان فاما ان يكون عربيا اولا فهذه ست صور ففى الاولى والخامسة لا ولاء اصلا وفى الثانية والثالثة الولاء لقوم الام وفى الرابعة لقوم الاب وفى السادسة لقوم الام عند الطرفين خلافا لابى يوسف وفى قول المص من اعتق حاملا الخ دلالة الى الاولى والثانية وفى قوله وان ولدت لاكثر الخ الى الثالثة والرابعة وفى قوله لو تزوج اعجمى الى الخامسة والسادسة تتبع (والمعتق) عصبة سببية (مقدم على ذوى الارحام) وهو من لا فرض له و يدخل فى نسبته الى الميت انثى (مؤخر عن العصبة النسبية) سواء كانت عصبة بنفسه او بغيره او مع غيره وكذا مقدم على الرد على ذوى السهام وهو آخر العصبات وهو قول على رضى الله عنه و به اخذ علماء الامصار وسيأتى فى الفرائض ان شاء الله تعالى (فان مات السيد ثم) مات (المعتق) ولا وارث له من النسب (فارثه) اى ارث المعتق (لاقرب عصبة سيده) على الترتيب المعروف فى علم الفرائض (فيكون) ارثه (لابنه) اى ابن السيد (دون ابيه لو اجتمعا) عند الطرفين لان الجزء اقرب وهو اختيار سعيد بن المسيب ومذهب الشافعى والقول الاول لابى يوسف (وعند ابى يوسف لابيه السدس والباقى للابن) وهو احدى الروايتين عن ابن مسعود رضى الله تعالى عنه و به قال شريح والنخعى لان الولاء كله اثر الملك فيلحق بحقيقة الملك ولو ترك المعتق مالا وترك ابا وابنا كان لابيه سدس ماله والباقى لابنه فكذا اذا ترك ولاء والجواب انه وان كان اثر الملك لكنه ليس بمال ولا له حكم المال كالقصاص الذى يجوز الاعتياض عنه بالمال فلا يجرى فيه سهام الورثة بالفرضية كما فى المال بل هو سبب يورث به بطريق العصوبة فيعتبر الاقرب فالاقرب ولو ترك المعتق ابن المعتق وجده فالولاء كله للابن بالاتفاق ولو ترك جد المعتق واخاه فالولاء للجد عند الامام وعندهما الولاء بينهما نصفان (وعند استواء القرب) كما اذا ترك المعتق ابنى اخوى معتقه (تستوى القسمة) لاستواء الاستحقاق (وليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن الحديث) اى اقرأ الحديث الخ وآخره او دبرن اودبر من دبرن اوجر ولاء معتقهن اومعتق معتقهن وسيأتى تمامه فى الفرائض ان شاء الله تعالى وفى شرح الكنز للعينى هذا حديث منكر لا اصل له وانما المروى عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم ما خرج البيهقى عن على وابن مسعود وزيد بن ثابت رضى الله عنهم انهم لا يرثون النساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن وتمامه فيه فليطالع ثمه وفى السمنى لو مات المعتق ولم يترك الا ابنة معتقه فلا شئ لها فى ظاهر الرواية وتوضع تركته فى بيت

المال وافتى بعض المشايخ بدفع المال اليها لا بطريق الارث بل لانها اقرب الناس الى الميت فكانت اولى من بيت المال وليس فى زماننا بيت المال انتهى وفى التنوير اذا ملك الذمى عبدا فاعتقه فولاؤه له كالنسب ولو اعتق حربى فى دار الحرب عبدا حربيا لا يعتق الا ان يخلى سبيله فان خلاه عتق ولا ولاء له وله ان يوالى من شاء ولو دخل مسلم فى دار الحرب فاشترى عبدا ثمه واعتقه بالقول عتق ولو كان العبد مسلما فاعتقه مسلم اوحربى فى دار الاسلام فولاؤه له

﴿ فصل ﴾

هذا الفصل لبيان ثانى نوعى الولاء كما فى الاصلاح وجه تأخيره عن ولاء العتاقة ظاهر (ولاء الموالاة سببه العقد) ولهذا يضاف الى الموالاة وهى العقد والاصل فى الاضافة اضافة المسبب الى السبب كما يضاف الولاء الى العتاقة لان سببه العتق (فلو اسلم اعجمى) مجهول النسب وانما شرط كونه اعجميا لان تناصر العرب بالقبائل فاغنى عن الولاء وانما شرطنا كونه مجهول النسب لان من عرف نسبه لا يجوز ان يوالى غيره كما فى الدرر وغيره قال ابن كمال الوزير واما كونه مجهول النسب فليس بشرط وفى شرح المجمع لابن ملك وهو المختار (على يد رجل ووالاه) بان قال انت مولاى ترثنى اذا مت وتعقل عنى اذا جنيت فيقبل الآخر فذلك عقد صحيح واشار اليه بقوله (على ان يرثه) اى الرجل اذا مات هو (وان يعقل) الرجل (عنه) اى عن الذى اسلم على يده اى يؤدى الجناية عنه اذا جنى (اووالى غير من اسلم على يده) معناه انه اسلم على يد رجل ووالى غيره (صح) هذا العقد (ان لم يكن معتقا) فانه اذا كان معتقا لم يصح عقد الموالاة لقوة ولاء العتاقة وكذا يصح لو والى صبى عاقل باذن ابيه اووصيه لان الصبى من اهل ان يثبت له ولاء العتاقة اذا ثبت سببه بان ملك قريبه اوكاتب ابوه ووصيه عبده وعتق كان ولاؤه له فجاز ان يثبت له ولاء الموالاة اذا صدر عنه عقدها بالاذن كما لو والى العبد باذن سيده آخر فانه يكون وكيلا من سيده بعقد الموالاة (و) اذا صح يكون (عقله) اى جنايته (عليه) اى على المولى الذى اسلم على يده ووالاه اوالذى والاه وكان قد اسلم على يد غيره (وارثه له) اى ميراثه للذى والاه اذا مات (ان لم يكن له وارث) من النسب (وهو) اى القابل للموالاة (مؤخر عن ذوى الارحام) لان ذوى الارحام يرثون بالقرابة وهى اقوى وآكد من الولاء لانها لا تقبل النقض والولاء يقبله بخلاف الزوجين حيث يرث معهما لانهما بعد الموت كالاجانب ولهذا لا يرد عليهما فاذا اخذا حقهما

صار الباقي خاليا عن الوارث فيكون لمولى الموالاة وعند الائمة الثلاثة لا يصح عقد الموالاة اصلا و يوضع ماله في بيت المال لان سبب الارث القرض والتعصيب ولهذا لا ميراث لذوي الارحام عندهم ولنا قوله تعالى والذين عقدت ايمانكم الخ ونقل عن ائمة التفسير المراد الصفقة لا القسم اذ العادة ان يأخذ كل واحد من المتعاقدين بيين صاحبه عند العقد (ومالم يعقل عنه) اوعن ولده (فله) اى لمن والى (ان يفسخه) اى ولاء الموالاة بغير رضاء صاحبه (قولا) بان قال فسخت عقد الموالاة معك لانه عقد تبرع فلا يكون لازما (بحضرته) اى بحضرة صاحبه لانه عقد واقع منهما فلا يفسخه احدهما الا بحضرة صاحبه كالمضاربة والشركة (وفعلا مع غيبته) اى غيبة صاحبه (بان ينتقل عنه الى غيره) بان والى رجلا آخر فيكون فسخا للعقد مع الاول ولا يلزم من ذلك حضور صاحبه لثبوت الانفساخ في ضمن العقد الثاني مع الآخر فصار كالعزل الحكمي في الوكالة وكل من الفسخين مالم يعقل عنه (وبعد ان عقل) الاعلى (عنه اوعن والده لا يفسخه) اى عقد الموالاة (هو) اى الاسفل (ولا ولده) لتعلق حق الغير به ولحصول المقصود به ولاتصال القضاء به (وللاعلى ايضا) اى كالاسفل (ان يبرأ عن ولائه) اى الاسفل (بحضره) اى الاسفل لعدم اللزوم الا انه يشترط في هذا ان يكون بمحضر من الآخر (ولو اسلمت امرأة فوالت) رجلا بشروطها (او اقرت بالولاء) اى اقرت انها موالاة لفلان (فولدت) ولدا (مجهول النسب) اى لا يعرف له اب (اوكان معها ولد صغير كذلك) اى كان الصغير مجهول النسب كذلك (صح اقرارها) على نفسها (وتبعها فيه) اى تبع الولد امه في الولاء و يصيران مولى فلان عند الامام (خلافا لهما) اى قالا لا يتبعها وولدها في الصورتين لان الام لا ولاية لها على مال الصغير فلا يكون لها ولاية على نفسه وله ان الولاء بمنزلة النسب فيكون نفعا محضا في حق الصغير المجهول النسب فتملكه الام كقبول الهبة ولو اقر رجل انه معتق فلان فكذبه المقرله في الولاء اصلا اوقال لا بل واليتني فاقر المقر لغيره فالولاء لا يصح عند الامام وعندهما يصح

كتاب الاكراه

قيل الموالاة تغير حال المولى الاعلى عن حرمة اكل مال المولى الاسفل بعد موته الى حله كما ان الاكراه تغير حال المخاطب من الحرمة الى الحل فكان مناسبا ان يذكر الاكراه عقيب الموالاة (هو) لغة مصدر اكرهه اذا حمله على امر يكرهه والكره بالفتح اسم منه (فعل يوقعه الانسان بغيره يفوت به) اى بذلك الفعل

(رضاه) ای رضاء ذلك الغير فقط بدون فساد اختياره كالحبس مثلا (او يفسد اختياره) مع تحقق عدم الرضاء ايضا كالتهديد بالقتل مثلا وفى الدرر ان عدم الرضاء معتبر فى جميع صور الاكراه واصل الاختيار ثابت فى جميع صوره لكن فى بعض الصور يفسد الاختيار وفى بعضها لا يفسده اقول هذا هو المسطور فى كتب الاصول والفروع حتى قال صدر الشريعة فى التنقيح وهو اما ملجئ بان يكون بفوت النفس او العضو وهذا معدم للرضاء مفسد للاختيار واما غير ملجئ بان يكون بحبس اوقيد او ضرب وهذا معدم للرضاء غير مفسد للاختيار فلا يصح ما قال فى الوقاية وهو فعل يوقعه بغيره فيفوت به رضاه او يفسد اختياره فان فيه جعل قسم الشئ قسيما له انتهى لكن يمكن دفعه بان القسم الاول الرضاء فقط والقسم الثانى الرضاء مع الاختيار وقال فى الاصلاح وهذا ظاهر بقرينة المقابلة فن وهم ان فيه جعل قسم الشئ قسيما له فقد وهم وفى القهستانى ان الاكراه لم يتحقق مع الرضاء وهذا صحيح قياسا واما استحسانا فلا لانه لو هدد بحبس ابيه او ابنه او اخيه او امه او زوجته او واحد من محارمه ولادا كبيع او هبة او غيره كان اكراها استحسانا فلا ينفذ شئ من هذه التصرفات و ينفذ قياسا لان هذا ليس باكراه حقيقة (مع بقاء اهليته) اى الاكراه بقسميه لصحيح الاختيار وفاسده لا ينافى اهلية الوجوب والاداء لانها ثابتة بالذمة والعقل والبلوغ والاكراه لا يخل بشئ منها الا ترى انه متردد بين فرض وحظر ورخصة ومرة يأثم ومرة يثاب كما فى القهستانى (وشرطه) اى شرط الاكراه مطلقا اربعة الاول (قدرة المكره) بكسر الراء (على ايقاع ما هدد به سلطانا كان او لصا) هذا عندهما لان كل متغلب قادر على الايقاع وعند الامام لا اكراه الا من السلطان لان القدرة لا تكون بلا منعة والمنعة للسلطان قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة و برهان لان زمان الامام لم يكن فيه لغير السلطان من القدرة ما يتحقق منه الاكراه وزمانهما كان فيه ذلك فيتحقق الاكراه من كل متغلب لفساد زمانهما والفتوى على قولهما كما سيأتى وفى البزازية الزوج سلطان زوجته فيتحقق منه الاكراه ولم يذكر الخلاف وسوق اللفظ يدل على انه على الوفاق وفى المنح تفصيل فليطالع وفى الظهيرية ان مجرد الامر من السلطان اكراه من تهديد (و) الثانى (خوف المكره) بالفتح (وقوع ذلك) اى ما هدد به الحامل بان ظن انه يوقعه والحامل اعم ان يكون حقيقيا كما اذا كان حاضرا او حكميا كما اذا كان غائبا ورسوله حاضر خاف الفاعل منه خوف المرسل واما اذا غاب الرسول ايضا فلا اكراه كما سيأتى (و) الثالث (كونه) اى كون المكر (ممتنعا قبله) اى قبل الاكراه (عن فعل ما اكره عليه) وفى القهستانى اذ لو لم يمتنع عنه لم يكن اكراها

لفوات ركنه وهو فوت الرضاء كما اشير اليه في الاختيار وفيه دلالة على ان هذا الشرط مستدرك (حقه) اى لحق نفسه كبيع ماله اواتلافه بلاعوض او اعتاق عبده ولو بمال اواجر اخروى (اولحق) شخص (آخر) كاتلاف مال آخر (اولحق الشرع) كشرب الخمر والزنا ونحوهما لان الاكراه لهذه الحقوق يعدم الرضاء لامتناعه قبل الاكراه (و) الرابع (كون المكره به متلفا نفسا اوعضوا) من الاعضاء (اوموجبا غما يعدم الرضاء) لان من كان شريفا يغتم بكلام خشن فيعد مثل هذا في حقه اكراها اذ هو اشد له من الم الضرب ومن كان رذيلا فلا يغتم الا بضرب مولم او بحبس شديد فلا يعد الضرب مرة بسوط ولا الحبس ساعة بل يوما في حقه اكراها لكون الاشخاص متفاوتة ولذا قيد مايوجب الغم باعدام الرضاء وفي المنح الاكراه بحق لا يعدم الاختيار شرعا كالعنين اذا اكرهه القاضي بالفرقة بعد مضي المدة الاترى ان المديون اذا اكرهه القاضي على بيع ماله نفذ بيعه والذمي اذا اسلم عبده فاجبر على بيعه نفذ بيعه بخلاف ما اذا اكرهه على البيع بغير حق (فلو اكره على بيع) ماله (اوشراء) سلعة (اواجارة) دار (اواقرار) اى على ان يقر لرجل بدين (بقتل) متعلق باكره بان قال افعله والا اقتلك (او) اكره على هذه الاشياء بنحو (ضرب شديدا وحبس مديد) اوقيد مؤبد (خير) المكره بعد زوال الاكراه عنه (بين الفسخ) اى فسخ العقد الصادر ويرجع عن الاقرار لانعدام الشرط هو الرضاء بالاكراه سواء كان الاكراه ملجئا اوغير ملجئ (والامضاء) لان العقد والاقرار يثبت الملك ولو باكراه ويمنع النفاذ الذى لايكون فيه حق الاسترداد للعاقد لان هذا النفاذ يتوقف على العقد بالطوع (ويملكه) اى المبيع (المشترى ملكا فاسدا ان قبضه) اى اذا باع مكرها ثبت فيه الملك ان قبض المشترى المبيع عندنا وعند زفر والائمة الثلاثة لايثبت لانه بيع موقوف والموقوف قبل الاجازة لايفيد الملك ولنا انه فات شرطه وهو الرضاء بعد وجود الركن فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت الملك وبعض المشايخ جعلوا بيع الوفاء كبيع المكره وصورته ان يقول البائع للمشترى بعت هذا العين منك بدين لك على على انى متى قضيت ديني فهو لى وبعضهم جعلوه رهنا لايملكه المشترى ولاينتفع به واى شئ اكل من زوائده يضمن ويسترده عند قضاء الدين ولو استأجره البائع لايلزمه الاجرة وسقط الدين بهلاكه وبعضهم جعلوه بيعا جائزا مفيدا بعض الاحكام وهو الانتفاع به دون البعض وهو البيع وفي النهاية وعليه الفتوى وبعضهم جعلوه بيعا باطلا وفي الكافي والصحيح ان العقد الجارى بينهما ان كان بلفظ البيع لايكون رهنا ثم ينظر ان ذكرا شرط الفسخ في البيع عند اداء الدين فسد وان لم يذكرا وتلفظا

بلفظ البيع بالوفاء اوتلفظا بالبيع الجائز والحال ان عندهما اى فى زعمهما هذا البيع عبارة عن بيع غير لازم فانه يفسد ح عملا بزعمهما وان ذكرا البيع من غير شرط وذكرا الشرط على الوجه الميعاد جاز البيع ويلزمه الوفاء بالميعاد ثم فرع عليه بقوله (فلو اعتق) المشترى (صح اعتاقه) لكونه ملكه وكذا تصرفه فيه تصرفا لا يمكنه نقضه (ولزمه) اى المشترى (قيمته) لانه اتلف ماملكه بعقد فاسد (وقبض) المكره (الثمن) من المشترى (اوتسليم المبيع) للمشترى حال كونه (طوعا) اى طائعا قيد للمذكورين (اجازة) بالبيع اذالقبض والتسليم طائعا دليل الرضاء لافعلهما كرها) اى ان قبض الثمن وسلم المبيع مكرها لاينفذ البيع لعدم الرضاء (ولا دفع الهبة طوعا بعدما اكره عليها) اى اذا اكره على الهبة دون التسليم وسلم طوعا لايكون اجازة لان غرض المكره انما هو استحقاق الموهوب له لامجرد لفظ الهبة والاستحقاق لايثبت فيها بدون التسليم فكان التسليم فيها داخلا فى الاكراه والاكراه فى البيع يثبت بنفس العقد ولم يكن التسليم فيه داخلا فى الاكراه فافترقا (فان هلك المبيع فى يد مشتر غير مكره) بفتح الراء والبايع مكره (لزمه) اى المشترى (قيمة) اى قيمته المبيع للبايع المكره لكون العقد فاسدا فكان مضمونا عليه بالقيمة (وللبايع تضمين اى شاء من المكره) بكسر الراء (اوالمشترى) لان لكل واحد منهما دخلا فى هلاك ماله واحد منهما بالذات وواحد آخر بالواسطة (فان ضمن المكره) بالكسر لكونه فى حكم الغاصب لدفع مال المالك الى المشترى (رجع على المشترى بقيمته) لانه باداء الضمان ملكه فقام مقام المالك المكره فيكون مالكا له من وقت وجود السبب بالاستناد (وان ضمن) البايع (المشترى) الاول من المشترين بالقيمة (بعد ماتداولته البياعات) بان باعه المشترى من آخر وباع آخر من آخر وثم وانما يلزم الضمان لكونه فى حكم غاصب الغاصب باخذه المال بواسطة من كان آلة للبايع ولذا لايرجع المشترى بما ضمن على المكره الذى كان واسطة وآلة للبايع (نفذ كل شراء وقع بعد شرائه) اى المشترى الاول لكونه مالكا بالضمان فظهر انه باع ملك نفسه وللبايع المكره ان يضمن من شاء من المشترين فايهم ضمنه ملكه وجازت البياعات التى بعده (لاما) اى لاينفذ الشراء الذى (وقع قبله) اى قبل الضمان لعدم دخوله فى ملك غيره قبل التضمين حتى يملكه (وان اجاز) المالك المكره (عقدا منها) اى من هذه البياعات (جاز ماقبله) اى ما قبل هذا العقد (ايضا) اى كما جاز مابعده ويأخذ هو الثمن من المشترى الاول لان البيع كان موجودا والمانع من النفوذ حقه وقد زال المانع بالاجازة فعاد الكل الى الجواز وفى الضمان يثبت المستند الى حين القبض لاماقبله (وله) اى للمشترى

(استرداده) اى الثمن (اذا فسخ) البيع (لو) كان الثمن (باقيا) فى يد البايع والمكره لفساد البيع وان كان هالكا لا يأخذ منه شيئا لكونه امانة فى يده لانه اخذه باذن المشترى ولو ذكر هذه المسئلة عقيب قوله لا فعلهما كرها كما فى اكثر الكتب لكان انسب تتبع (وضرب سوط وحبس يوم ليس باكراه) فانه لا يبالى بمثله عادة فلا يعدم الرضاء وهو شرط لثبوت حكم الاكراه (الا فى) اى فى حق من (يستضر به) اى بضرب سوط وحبس يوم (لكونه ذا منصب) فيكون مكرها بمثله لان ضرره اشد من ضرر الضرب الشديد فيفوت به الرضاء وفى المبسوط الحد فى الحبس الذى هو اكراه ما يجئ به الاهتمام البين به وفى الضرب الذى هو اكراه ما يجد منه الالم الشديد وليس فى ذلك حد لا يزاد عليه ولا ينقص منه لان المقادير لا تكون بالرأى ولكنه على قدر ما يرى الحاكم اذا رفع اليه (وان اكره على اكل ميتة او) اكل (دم) ووقع فى الاصلاح اوسرب دم لان الدم من المشروب لا من المأكول لكن يمكن التوفيق بان يكون مأكولا فيما اذا كان جامدا ومشروبا فيما اذا كان سائلا تدبر (او) اكل (لحم خنزير او) اكره على (شرب خمر بضرب او حبس او قيد لا يحل) للمكره (التناول) لان هذا لا يكون اكراها ملجئا اذ لا يضطر بمثله اكثر الناس فيلزم عليهم التحمل الا ان يقول لاضربن على عينيك اوذكرك وفى البزازية الاكراه بالحبس المؤبد والقيد المؤبد لا يوجب الاكراه اذا لم يمنع الطعام والشراب لعدم الافضاء الى تلف نفس اومال وانما يوجبان غما والتناول للمحرم لازالة الغم لا يحل ومن المشايخ من قال لو داخلهم يقع فى قلبه انه بالحبس المذكور او بالحبس فى بيت مظلم يخاف عليه التلف غما او على عضو من اعضائه اوعينه بظلمة المكان يحل ومحمد لم يجعل الحبس الذى كان فى زمانه وهو المكث المجرد اكراها اما الحبس الذى احدثوه اليوم فهو اكراه لانه تعذيب لا حبس مجرد (وان) اكره على تناول هذه الاشياء (بقتل او قطع عضو حل) تناولها لان الاكراه ملجئ بهما وحرمة هذه الاشياء مقيدة بحالة الاختيار واما حالة الاضطرار فبقاة على اصل الحل لقوله تعالى الا ما اضطررتم اليه (و يأثم) المكره بصبره على التلف ان علم الاباحة) لانه امتنع عن مباح والقى نفسه فى مهلكة (كما فى المخمصة) اى كما يكون آثما بالصبر فى حالة المخمصة والجوع فاتلف نفسه وذكر شيخ الاسلام ان المكره انما اثم اذا علم بالاباحة ولم يتناول واما اذا لم يعلم فقدر جونا ان يكون فى سعة منه لانه يعذر بالجهل فيما فيه خفاء (وان اكره على الكفر او سب النبى عليه السلام بقتل او قطع عضو رخص له اظهاره) اى اظهار الكفر اوغيره (وقلبه مطمئن بالايمان) اى غير متغير عقيدته فان المشركين

أكرهوا عماراً فاعطاهم ما ارادوا مع طمانينة القلب فقال عليه السلام فان عادوا فعد اى ان عاد الكفار بالاكراه فعد الى اطمينان القلب بالايمان فيما اجريته على لسانك ونزل فى حقه قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان ولان بهذا الاظهار لايفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفى الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه (ويوجر بالصبر على التلف) لان خبيبا رضى الله تعالى عنه قدصبر حين ابتلى حتى صلب ولم يظهر كلمة الكفر وسماه رسول الله عليه السلام سيد الشهداء وقال فى مثله هو رفيقى فى الجنة ولان الحرمة قائمة والامتناع عزيمة فاذا بذل نفسه لاعزاز الدين واقامة حق الله تعالى كان شهيدا وفى الاصلاح وغيره تفصيل فليطالع (ولارخصة) على اجراء الكفر على اللسان (بغيرهما) اى بغير القتل والقطع لان غيرهما ليس بملجئ (وان اكره على اتلاف مال مسلم باحدهما) اى بالقتل او القطع (رخص) الاتلاف (له) اى للمكره لان اتلاف مال الغير يستباح للضرورة كما فى المخمصة وقد ثبتت (والضمان على المكره) بالكسر لان المكره فى حق الاتلاف آلة للمكره فلم يلزم عليه الضمان وفيه اشارة الى الاحتراز عن الاكل والتكلم والوطئ فان فيها لايصلح آلة والى ان المكره على الاخذ والدفع الى المكره انما يسعه اذا كان حاضرا عند المكره فان كان ارسله ليفعل فيخاف ان ظفر يفعل مايوعده لم يحل له الاقدام على ذلك لزوال القدرة على ذلك والانجاء بالبعد منه وبهذا تبين انه لاعذر لاعوان الظلمة فى اخذ الاموال من الناس عند غيبة الآمرين وتعللهم بامرهم والخوف من عقوبتهم ليس بعذر الا ان يكون رسول الآمر معه على ان يرده عليه فيكون بمنزلة حضور الآمر (او) ان اكره (على قتله) اى قتل غيره (اوقطع عضوه) بالقتل اوالقطع (لايرخص له) فى ذلك بل يلزم الصبر عليه فان قتله اثم لان قتل المسلم حرام لايباح لضرورة ما فكذا بهذه الضرورة الا ان يعلم انه لولم يقتله قتله وكذ لو اكراه على الزنا لايرخص وفى جانب المرأة يرخص لها الزنا بالاكراه الملجئ ولا يلزم عليها الحد كما فى التنوير اذا اكرهت بغير ملجئ (فان فعل) اى ان قتل اوقطع العضو بالكره (فالقصاص على المكره) بكسر الراء (فقط) اى دون المكره بالفتح ان كان القتل عمدا لكونه حاملا ولا يقتص القاتل لانه آلة له كالسيف هذا عند الطرفين (وعند ابى يوسف لا) يجب (قصاص على احد) منهما لان الحد مضاف الى المكره من وجه لانه المباشر والى المكره من وجه لانه الحامل فهو كالدافع الى القتل فتمكنت فيه الشبهة فى الجانبين فلاقصاص على واحد منهما فالدية من مالهما اذ العاقلة لاتحملها فى العمد وعند زفر يقتص الفاعل فقط لانه هو المباشر حقيقة وكذا

حكما لاعلى المكره وعند الائمة الثلاثة يقتص كل منهما لكون الفاعل مباشرا والحامل سببا (ولو اكره على ان يتردى) اى يسقط (من جبل ففعل) اى تردى (فديته على عاقلة المكره) لانه لو باشر لايجب عليه القصاص لانه فى معنى القتل بالمثقل بل فيه الدية على العاقلة فكذا اذا اكره عليه وهذا عند الامام (وعند ابى يوسف تجب) الدية (فى ماله) اى فى مال المكره لما مر ان القتل الحاصل بالاكراه لايوجب القصاص عنده (وعند محمد عليه) اى على المكره (القصاص) لان القتل بالمثقل كالقتل بالسيف عنده فيجب القصاص (ولو اكره بقتله على ترد) اى على سقوط من مكان عال (او اقتحام نار) اى لو اكره بقتل على ادخال نفسه فى نار (او ماء وكل) اى كل واحد من هذه الثلثة (مهلك فله) اى للمكره (الخيار فى الاقدام) عليه (والصبر) عند الامام لانه ابتلى ببليتين متساويتين فى الافضاء الى الاهلاك فيختار ماهو الاهون فى زعمه (وقالا يلزمه الصبر) اى يصبر ولا يفعل ذلك لان مباشرة الفعل سعى فى هلاك نفسه فيصبر تحاميا عنه ثم اذا القى نفسه فعلى المكره قصاص لانه مضطر الى الالقاء وعندهما لا قصاص لانه مختار فى القاء نفسه قيد بالقتل لانه لو اكره بالعصا ليس له الاقدام اتفاقا وقيد بقوله كل مهلك لانه لو لم يكن كذلك كان له الاقدام اتفاقا كما فى شرح المجمع (ولو وقعت نار فى سفينة فكان بحيث (ان صبر احترق وان القى نفسه) فى الماء (غرق فله) اى لمن ابتلى به (الخيار) بين الصبر والالقاء (عند الامام وعند محمد يلزمه الثبات) وعن ابى يوسف روايتان مع الامام فى رواية ومع محمد فى رواية وعلة الطرفين قدمرت قبيله واصل هذه المسئلة فى السير الكبير ذكره ابن الساعاتى (وان اكره على طلاق) امرأته (او اعتاق) عبده (او توكيل بهما) اى بالطلاق والاعتاق (ففعل) اى اعتق عبده او طلق امرأته او وكل بهما فاعتق الوكيل او طلق (نفذ) لان الاكراه لاينافى الاهلية خلافا للائمة الثلثة والقياس ان لا تصح الوكالة لانها تبطل بالهزل فكذا مع الاكراه كالبيع وامثاله وجه الاستحسان ان الاكراه لايمنع انعقاد البيع ولكن يوجب فساده فكذا التوكيل ينعقد مع الاكراه والشروط الفاسدة لاتؤثر لكونها من الاسقاطات فاذا لم يبطل فقد نفذ تصرف الوكيل فعلى هذا ماوقع فى الفوائد الزينية من انه لو اكره على الطلاق وقع الا اذا اكره على التوكيل به فوكل يجرى على القياس لاعلى الاستحسان تدبر (ويرجع) المكره (بقيمة العبد) المعتق (على المكره) بالكسر فى صورة الاعتاق لانه يصلح آلة للحامل نظرا الى الاتلاف لا الى تكلمه لان كلامه بالاعتاق لايصلح آلة للحامل بل يضاف اليه ولذا يكون الولاء للمكره لا للحامل فيضمنه لا تلافه واخراجه عن ملكه سواء كان موسرا

او معسرا الا انه ضمان اتلاف فلا يختلف باليسار والاعسار ولا سعاية على العبد ولا يرجع المكره على العبد لان الضمان وجب عليه بفعله فلا يرجع به على غيره قيل هذا اذا كان العتق بالقول اما اذا كان بالفعل كما اذا اشترى ذا رحم محرم لا يرجع المكره بالقيمة لحصول العوض وهو صلة الرحم وفي التجريد ومن اكره على شراء ذي رحم محرم منه بعشرة آلاف وقيمته الف اوكان المشترى جعله حرا ان ملكه ففعل فهو حر وعلى المشترى قيمة الف وبطلت الزيادة ولا يرجع على الذي اكرهه بشيء (وكذا) يرجع المكره على المكره في صورة التطليق (نصف المهر) اذا سمى ويرجع على المكره بما لزمه من المتعة اذا لم يسم (لو كان قبل الدخول) لان المكره يصلح آلة للحامل في اتلاف المال لا في ايقاع الطلاق لان ما عليه من المهر او المتعة كان على شرف السقوط بوقوع الفرقة من جهتها كالارتداد او تقبيل ابن الزوج وقد تأكد ذلك بالطلاق كرها وكان هذا تقريرا للمال فيضاف التقرير الى الحامل فكان متلفا له فيرجع الزوج عليه (ولا رجوع) عليه (لو) كان الطلاق (بعده) اى بعد الدخول لان المهر هنا تقرر بالدخول لا بالطلاق والدخول ليس بصنع من المكره وفي الجواهر لو قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر فاكره على الدخول عتق ولم يضمن المكره شيئا وكذا لو اكره على ان يتزوج امرأة قد كان جعلها طالقا ان تزوجها فتزوجها وغرم نصف المهر لم يرجع على من اكرهه بشيء ولو اكره على ان يجعل كل مملوك يملكه فيما يستقبل حرا ففعل ثم ملك بهبة او صدقة او شراء عتق عليه ولم يغرم الذي اكرهه شيئا ولو ورث مملوكا ضمن الذي اكرهه قيمته استحسانا (وصح يمين المكره) بشيء من الطاعات او المعاصي (و) صح (نذره) اى نذر المكره بكل طاعة كالصوم والصدقة والعتق وغيرها (و) صح (ظهاره) اى ظهار المكره هو تشبيه امرأته بظهر امه فيحرم عليه قربانها حتى يكفر لان كل واحد منها لا يحتمل الفسخ فلا تأثير فيه الاكراه (ولا يرجع) المكره على الحامل في الصور الثلث (بتمام غرم بسبب ذلك) اذ لا مطالب له في الدنيا (و) صح (رجعته) اى لو اكره ان يراجع امرأته فراجعها صح لانها استدامة النكاح (وايلاؤه) بان حلف ان لا يقرب امرأته (وفيئه) اى باللسان (فيه) اى في الايلاء لانه كالرجعة لان كل ما ينفذ مع الهزل ينفذ مع الاكراه (وكذا) يصح (اسلامه) اى اذا اسلم مكرها يحكم عليه بالاسلام لانه لما احتمل رجحنا الاسلام احتياطا لانه يعلو ولا يعلى كما في اكثر المعتبرات فبهذا علم ان ما في الخانية من ان اسلام المكره اسلام عندنا ان كان حربيا وان كان ذميا لا يكون اسلاما محمول على جواز القياس لانه يصح في الاستحسان كما في المنح

(لكن لاقتل فيه لوارتد) بعد الاسلام مكرها لان فى اسلامه شبهة دارئة للقتل ونظيره السكران فان اسلامه صحيح وكفره لايصح ولايحكم بردتة لعدم القصد كما فى شرح الكنز (ولايصح ابراؤه) اى ابراؤه المكره دينه عن مديونه او عن كفيل مديونه لكونهما مما يحتمل الفسخ كالبيع فالفا على بعد زوال الكره يصير مخيرا وكذا لو اكره الشفيع على ان يسكت عن طلب الشفعة فسكت لاتبطل شفعته (ولا) تصح (ردته) لما مر من الرخصة فى اظهار الكفر اذا اكره بالملجئ (فلاتبين بها) اى بهذه الردة (امرأته) لعدم الحكم بردته وانما قيدنا اذا اكره بالملجئ لانه لو اكره بغيره فقد صحت ردته فتبين امرأته (فان ادعت) المرأة (تحقق ما اظهره وادعى) المكره (ان قلبه مطمئن بالايمان صدق) استحسانا والقياس ان يكون القول قولها فيفرق بينهما لان كلمة الكفر سبب للبينونة بها فيستوى فيها الطائع والمكره كلفظة الطلاق وجه الاستحسان ان هذه اللفظة غير موضوعة للفرقة وانما يقع باعتبار تغير الاعتقاد والاكراه دليل على عدم تغيره فلا تقع الفرقة كما فى شرح الكنز (ولو اكره على الزنا فعل) المكره (حد مالم يكرهه السلطان) لما مر ان الاكراه لايتحقق من غيره عند الامام فالزنا لايوجد مع الاكراه (وعند هما لاحد عليه) لما مر ان الاكراه يتحقق من السلطان ومن غيره فلا يحد فى الصورتين (وبه) اى بقول الامامين (يفتى) اذ ليس فيه اختلاف يظهر فى حق الحجة فان حكم الاكراه لاخلاف فيه وانما النظر فى ان يقع من غير سلطان اولا فان وقع من غيره اكراه ملجئ كما فى زماننا يجرى على حكمه بلا نكير وقال زفر يحد لان انتشار الآلة دليل الطواعية ولنا ان انتشار الآلة قد يكون طبعا لاطوعا كما فى النائم والصبى كما فى بعض المعتبرات فعلى هذا اندفع ما قال صاحب الاصلاح من ان مدار الجواب ههنا ليس على ذلك الاصل الخلافى كما ذهب اليه كثير من الناظرين فى هذه المسئلة بل على اصل آخر قرره الزاهدى حيث قال ان الاكراه لايتصور فى الزنا لان الوطئ لايحصل الا بانتشار الآلة والاكراه لايتصور فى الانتشار فكان طوعا فيجب الحد الا ان يكرهه السلطان لان اقامة الحد اليه وهو الذى حمله عليه انتهى لانه ليس على اصل معتبر بل على قول زفر كما فى شرح الوقاية لابن الشيخ وفى التنوير اكره القاضى ليقر بسرقة اوقتل رجل بعمد او بقطع يد رجل بعمد فاقر بذلك فقطعت يده اوقتل ان كان المقر موصوفا بالصلاح اقتص من القاضى وان متهما بالسرقة معروفا بها وبالقتل لايقتص من القاضى استحسانا لوجود الشبهة صادره السلطان ولم يعين بيع ماله فباعه صح والحيلة له فيه من اين اعطى ولا مال لى فاذا قال الظالم بع جاريتك وقد صار مكرها على بيع الجارية

فلا ينفذ بيعها المكره باخذ المال لا يضمن باخذه اذانوى وقت الاخذ انه يرده على صاحبه والايضمن وان اختلفا فى النية فالقول للمكره مع يمينه

كتاب الحجر

المناسبة بين الكتابين ان كل واحد منهما من العوارض التى تزيل سبب الولاية والرضاء وسبب تأخير هذا الكتاب عن الاكراه لان ماتقدم عليه متفق عليه وهذا مختلف فيه (هو) فى اللغة المنع مطلقا اى منع كان ومنه سمى الحطيم حجرا لانه منع من الكعبة ومنه سمى العقل حجرا لانه يمنع القبائح ومنه قوله تعالى هل فى ذلك قسم لذى حجر اى عقل وفى العرف عبارة عن منع حكمى كالنهى الا ان التصرف فى الحجر لايفيد الملك بحال فى البيع وفى النهى يفيده بعد القبض كما فى البيع الفاسد فهذا فرق بين الحجر والنهى من حيث الحكم وكذا يفرق من حيث الماهية لان الحجر هو المنع لحق الغير والنهى هو المنع لحق الشرع وفى الشرع (منع نفاذ تصرف قولى) لان الحجر فى الحكميات دون الحسيات ونفوذ القول حكمى الاترى انه يرد ولايقبل والفعل حسى لايمكن رده اذاوقع فلا يتصور الحجر عنه وهو المراد بقوله هو منع نفاذ تصرف قولى (واسبابه) اى الحجر (الصغر) بان يكون غير بالغ فان كان غير مميز كان عديم العقل وان كان مميزا فعقله ناقص فالضرر محتمل واذا اذن له الولى صح تصرفه لترجح جانب المصلحة (والجنون) وفى الدرر فان عدم الافاقة كان عديم العقل كصبى غير مميز وان وجدت فى بعض الاوقات كان ناقص العقل كصبى عاقل فى تصرفاته واما المعتوه فاختلفوا فى تفسيره واحسن ما قيل فيه هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير الا انه لا يضرب ولايشتم كما يفعل المجنون (والرق) ليس سبب الحجر فى الحقيقة لانه مكلف مختار كامل الرأى كالحر غير انه وما فى يده ملك المولى فلايجوز ان يتصرف لاجل حقه فان اذن المولى رضى بفوات حقه اعلم انه تعالى شرف البشر بالانعام بالعقل وركب فيهم الهوى والعقل وجعل فى الملائكة العقل دون الهوى وفى البهايم الهوى دون العقل فمن غلب عقله على هواه كان افضل خلقة لما يقاسى من مخالفة الهوى ومن غلب هواه على عقله كان اردى من البهايم قال الله تعالى اولئك كالانعام بل هم اضل فجعل بعضهم ذوى النهى حتى كان بعضهم ائمة الهدى ومصابيح الدجى وابتلى بعضهم بالردى كالجنون والعته والصغر وجعل تصرف الصغير والمعتوه غير نافذ بالحجر عليهما كيلا يتعلق بهم الضرر باحتيال بعض من يعاملهما وجعل الصبا والجنون سببا للحجر

عليهما كل ذلك رحمة منه ولطفا كما فى التبيين ثم فرعه بقوله (فلا يصح تصرف صبي اوعبد بلا اذن ولى اوسيد) لماقررنا قبيله هذا لف ونشر مرتب فلو قال وسيد بالواو لكان اولى (ولا) يصح (تصرف المجنون المغلوب بحال) ولو اجازه الولى لعدم عقله قيد بالمغلوب اى المستغرق لانه ان كان يجن تارة و يفيق اخرى فهو فى حال افاقته كالعاقل (ومن عقد منهم) اى من هؤلاء المحجورين (وهو يعقله) اى يعقل العقد (فوليه مخير بين ان يجيزه) اى العقد (اويفسخه) لانه اذا كان بهذه الصفة يحتمل ان يكون فى عقده مصلحة فيجيزه الولى اوالمولى ان رأى فيه ذلك كعقد الاجنبي وعند الائمة الثلثة لاتصح اجازته (ومن اتلف منهم) اى من المحجورين (شيئا فعليه) اى على من اتلف (ضمانه) بالاجماع لانهم غير محجورين عليهم فى الافعال (ولا يصح طلاق الصبى اوالمجنون) ولو قال والمجنون بالواو لكان اولى (ولا) يصح (اعتاقهما) لقوله عليه السلام رفع القلم عن ثلث عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق و ظاهره يقتضى ان لايتعلق باقوالهما حكم وكذلك لايقع طلاقهما ولا اعتاقهما (ولا اقرارهما) لنقصان عقلهما اوعدمه (وصح طلاق العبد) لقوله عليه السلام لايملك العبد والمكاتب الا الطلاق (و) صح (اقراره) اى اقرار العبد (فى حق نفسه) لكونه مكلفا واهلا لا فى حق سيده لعدم ولاية العبد عليه ثم فرعه بقوله (فلو اقر اى العبد المحجور (بمال لزمه بعد عتقه) لانه اقرار على غيره وهو المولى لما انه ومافى يده ملك المولى فاذا اعتق زال المانع هذا اذا اقر المولى واما اذا اقرله به فلا يلزمه شيء وفى الخانية ولو ان صبيا سفيها محجورا استقرض مالا فيعطى صداق المرأة صح استقراضه فان لم يعطه المرأة وصرف المال فى بعض حوايجه لايؤاخذ به لا فى الحال ولا بعد البلوغ لانه ليس من اهل الالتزام بخلاف العبد المحجور فانه يؤاخذ به بعد العتق لانه اهل الالتزام (وان) اقر العبد المحجور (بحد اوقود لزمه فى الحال) لانه مبقى على اصل الحرية والآدمية فى ايجاب الحد عليه وفى حق الدم ولهذا لايجوز اقرار المولى عليه فى الحد والقصاص (ولا يحجر على السفيه) اى لايحجر حر عاقل بالغ عن التصرف بسبب سفه هو اتلاف مال بلا مصلحة لخفة عقله عند الامام لانه لايرى الحجر على الحر البالغ العاقل بسبب السفه والدين والغفلة (وان) وصلية (كان مبذرا) لانه مخاطب قادر على التصرف فابطال قدرته يؤدى الى اهدار آدميته وهذا اضر من ضرر الاتلاف (وان بلغ غير رشيد) وهو لا ينفق ماله فيما يحل ولايمسك عما يحرم و يتصرف فيه بالتبذير والاسراف (لايسلم اليه ماله) بالاجماع لبقاء اثر الصبا فلو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لايمنع المال عنه لانه ليس

بأثر الصبا (حتى يبلغ سنه خمسا وعشرين سنة فاذا بلغها دفع اليه) ماله عند الامام (وان) وصلية (لم يؤنس رشده) لان هذا السن لاينفك عنه الرشد الا نادرا والحكم فى الشرع للغلبة (وان تصرف) السفيه (فيه) اى فى ماله (قبل ذلك) اى قبل البلوغ الى خمس وعشرين (نفذ) تصرفه لعدم الحجر عنده كما ذكر (وعندهما) والائمة الثلاثة (يحجر على السفيه ولايدفع اليه ماله مالم يؤنس رشده ولايصح تصرفه) اى تصرف السفيه (فيه) اى فى ماله بسبب سفه فى تصرفات لاتصح مع الهزل كالبيع والهبة والاجارة والصدقة ولايحجر عليه فى غيرها كالطلاق والعتاق ولاعن الاسباب الموجبة للعقوبة كالحدود والقصاص اذ لايجرى الحجر فيها بالاجماع لقوله تعالى ولاتؤتوا السفهاء اموالكم الى قوله فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم اذ الامر بالدفع عند ايناس الرشد فلا يجوز الدفع قبل العلم بالرشد لان علة المنع هى السفه فيبقى المنع مادامت العلة باقية فلا يكون للزمان دخل هنا وفى التنوير نقلا عن الخانية وبقولهما يفتى ثم فرعه بقوله (فان باع) المحجور (لاينفذ) بيعه لانه محجور عندهما وفائدة الحجر عدم النفاذ (وان) كان (فيه) اى فى بيعه (مصلحة) بان كان بمثل القيمة او كان رابحا وكان الثمن باقيا فى يده (اجازه الحاكم) وان كان الثمن اقل من القيمة او كان البيع خاسرا اولم يبق الثمن فى يده لم يجزه والحاصل ان تصرفه موقوف لاحتمال ان يكون فيه مصلحة فاذا رأى الحاكم فيه مصلحة اجازه والا رده وان باع قبل حجر القاضى جاز عند ابى يوسف وعند محمد لا يجوز (وان اعتق) عبدا (نفذ) عتقه عندهما لان كل كلام لايؤثر فيه الهزل لايؤثر فيه السفه والعتق لايؤثر فيه الهزل فينفذ من السفيه وعند الشافعى لاينفذ والاصل عنده ان الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لاينفذ بعده شئ من تصرفاته الا الطلاق كالمرقوق والاعتاق لايصح من الرقيق فكذا من السفيه (وسعى العبد فى قيمته) اى اذا نفذ عندهما فعلى العبد ان يسعى فى قيمته عند محمد وهو قول ابى يوسف اولا لان الحجر لمعنى النظر وذلك فى رد العتق الا انه متعذر فيجب رده برد القيمة كما فى الحجر على المريض وفى قوله الاخير وهو رواية عن محمد ليس عليه سعاية لانه لو وجب انما يجب حقا لمعتقه والسعاية ماعهد وجوبها فى الشرع الا لحق غير المعتق (ولو دبر) عبده (صح) تدبيره لانه يوجب حق العتق للمدبر فيعتبر بحقيقة العتق الا انه لاتجب السعاية مادام المولى حيا لانه باق على ملكه (وان مات) المولى (قبل رشده) اى قبل ان يؤنس منه الرشد (سعى العبد فى قيمته مدبرا) لانه بموت المولى عتق ولانه اعتقه فى حيوته فعليه السعاية فى قيمته مدبرا

لان العتق لاقاه مدبرا كما لو اعتقد بعد التدبير وفى شرح الكنز للعينى وان جاءت جاريته بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والامة ام ولد له ولا يسعى هى ولا ولدها فى شئ بخلاف ما لو اعتقها من غير ان يدعى الولد ولم يكن معها ولد فقال هذه ام ولدى كانت بمنزلة ام الولد لايقدر على بيعها فان مات سعت فى كل قيمتها كالمريض اذا قال لامته وليس معها ولد فقال هذه ام ولدى (ويصح تزوجه) اى تزوج السفيه ملابسا (بمهر المثل) وانما صح نكاحه لانه لايؤثر فيه الهزل فلايؤثر فيه السفه مع ان التزوج من حوايجه الاصلية ومن ضرورة صحة النكاح وجوب المهر فيلزم منه قدر مهر المثل لانه من ضرورات صحته كما فى اكثر الكتب لكن ان ماهو من ضرورات صحة النكاح مقدار النصاب من المهر لاقدر مهر المثل تدبر (وان سمى اكثر) اى من مهر المثل (بطلت الزيادة) لان ما زاد عليه يلزمه بالتسمية وهو ليس من اهل التزام المال وان طلقها قبل الدخول وجب لها نصف المسمى وكذا لو تزوج اربعا او تزوج كل يوم واحدة فطلقها كما فى التبيين (وتخرج) على صيغة المبنى للمفعول من الافعال (زكوة مال السفيه) لانه واجب عليه حقا لله تعالى (وينفق منه) اى من ماله (عليه وعلى من تلزمه نفقته) من اولاده وزوجته وسائر من تجب عليه نفقته لان احياء هؤلاء من حوايجه الاصلية حقا لقريبه والسفه لايبطل حق الله تعالى ولاحق الناس (ويدفع القاضى قدر الزكوة) من ماله (اليه) اى الى السفيه (ليؤدى بنفسه) ليصرفها الى مصرفها لان الواجب الايتاء وهو عبارة عن فعل يفعله هو عبادة ولايحصل ذلك الابنية (ويوكل) اى القاضى (امينا الى ان يؤديها) كيلا يصرفها الى غير المصرف ويسلم القاضى النفقة الى امينه ليصرفه الى مستحقها لانه لايحتاج فيه الى النية فاكتفى فيها بفعل الامين (فان اراد حجة الاسلام لايمنع منها) اى من الحجة لانه واجب عليه بايجاب الله تعالى من غير صنعه وفى الفرائض هو ملحق بالمصلح وغير السفيه اذلا لاتهمة فيه (ولا) يمنع (من عمرة واحدة) والقياس ان يمنع لانه تطوع كالحج تطوعا وجه الاستحسان انها واجبة عند بعض العلماء فيمكن منها احتياطا وكذا لايمنع من ان يسوق البدنة تحرزا عن موضع الخلاف ولايمنع من القران وان جنى فى احرامه ينظر ان كانت جناية يجوز فيها الصوم كقتل الصيد والحلق عن اذى ونحو ذلك لايمكن من التكفير بالمال بل يكفر بالصوم وان كانت جناية لايجزى فيه الصوم كالحلق من غير ضرورة والتطيب وترك الواجبات فانه يلزمه الدم ولكن لايمكن من التكفير فى الحال بل يؤخر الى ان يصير مصلحا بمنزلة الفقير الذى لايجد مالا والعبد المأذون له فى الاحرام

وكذالو جامع امرأته بعد الوقوف بعرفة تلزمه بدنة ثم يتأخر الى ان يصير مصلحا (وتدفع نفقته) اى نفقة السفيه فى طريق الحج والعمرة (الى ثقة) من الحاج (ينفق اليه) اى الى السفيه (فى الطريق) بالمعروف (لا) تدفع (اليه) كيلا يبذر ولا يسرف (وتصح منه) اى من السفيه (الوصية فى القرب) جمع قربة (وابواب الخير) من الثلث ان كان له وارث والقياس انها لا تصح لانها تبرع لكننا استحسناذلك اذا كانت مثل وصايا الناس لانها قربة يتقرب بها الى الله تعالى وهو يحتاج اليهاسيما فى هذه الحالة وفيه اشارة الى انه اذا اوصى بما يستقبحه المسلمون فلا ينفذ كما فى التبيين (ويحجر على المفتى الماجن) هو الذى يعلم الناس الحيل الباطلة بان علم المرأة الارتداد لتبين من زوجها وبان علم الرجل ان يرتد لتسقط عنه الزكوة ثم يسلم ولا يبالى ان يحرم حلالا ويحل حراما (والطبيب الجاهل) هو الذى يسقى الناس فى امراضهم دواء مخالفا لعدم علمه فيفسد ابدان المسلمين (والمكارى المفلس) لانه يأخذ الكراء اولا ليشترى به الجمال والظهر ويدفع الى بعض ديونه فيعوق المسلمين من نحو الحج والغزو (اتفاقا) قيد للثلاثه جميعا لان منع كل واحد منهما دفع ضرر العامة اذ المفتى الماجن يفسد على الناس دينهم والطبيب الجاهل يهلك ابدانهم والمكارى المفلس يتلف اموالهم فيحجر هؤلاء عن عملهم لان المنع عن ذلك من باب الامر بالمعروف والنهى عن المنكر (ولا يحجر على فاسق) سواء كان اصليا اوطاريا (ومغفل اذا كان) كل واحد منهما (مصلحا لماله) لان حجر السفيه عندهما كان للنظر له صيانة والفاسق يصلح ماله فيدخل تحت قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم لانه تعالى علق الدفع بعلم رشد واحد لانه نكرة فى الاثبات فيكون اقله كافيا فالمراد هو الرشد فى المال لافى الدين بكسر الدال والا يلزم الرشد ان ولو كان الفسق موجبا للحجر لكان حجر الكافر اولى به ولم يذهب اليه احد وعند الشافعى يمنع زجرا له وعقوبة عليه وان كان مصلحا لماله ولذا لا يكون الفاسق اهلا للولاية والشهادة عنده وفى المنح ولو ان قاضيا حجر على مفسد يستحق الحجر ثم رفع الى قاض آخر فاطلقه ورفع عنه الحجر فاجاز ما صنع جاز اطلاق الثانى لان قضاء الاول كان فى فصل مجتهد فيه وهذا اختلاف فى نفس القضاء ولان الحجر الاول لم يكن قضاء لعدم المقضى عليه فينفذ قضاء الثانى فهو بمنزلة مالو قضى وهو محجور عليه فاذا اطلقه الثانى صح اطلاقه وليس للقاضى الثالث بعد ذلك ان ينفذ قضاء الاول بالحجر وكذا لا يحجر من له غفلة شديدة عند الامام لانه ليس بمفسد ماله ولا يقصده لكنه لا يهتدى الى التصرفات الرابحة فيغبن فى البياعات لسلامة قلبه وعندهما

يمنع القاضي عن التصرف شفقة له وهو قول الائمة الثلثة كما في اكثر المعتبرات لكن المص لم يذكر الاختلاف في المتن بل اتى بصورة الاتفاق اكتفاء بذكر الخلاف في حكم السفيه للمشاركة في اتلاف المال او لعدم اعتناء قولهما في هذه المسئلة تتبع (ولا) يحجر (على مديون) وان طلب الحجر غرماؤه عند الامام لان المنع عن التصرف بطلب الغرماء يبطل اهليته والحاقه بالبهايم وهو شنيع لا يرتكب لدفع ضرر خاص (ولا يبيع القاضي ماله) اى مال المديون (فيه) اى في الدين لان تصرف الحاكم فيه حجر عليه ولان البيع لا يجوز الا بالتراضي بالنص فيكون باطلا (بل يحبسه) اى القاضي لبيع ماله (ابدا حتى يبيعه) اى المال (هو) اى المديون (بنفسه) فيكون الحبس لقضاء الدين لا لاجل البيع لان قضاء الدين بالبيع ليس بطريق متعين بل يكون بالاستيهاب والاستقراض والصدقة من الناس الا ان قدرته على القضاء ببيع ماله الموجود اظهر من قدرته عليه بالاستقراض وغيره وسبب الحبس المماطلة والظلم بتأخير القضاء الواجب وامتناعه مع القدرة عليه (فان كان) والاولى بالواو (ماله) اى مال المديون (من جنس دينه) كالدراهم (اداه) اى الدين (الحاكم منه) من جنس الدراهم بالاجماع لان للدائن الاخذ بلا رضاء المديون عند المجانسة فالقاضي اذا قضى دينه لا يلزم حجره عند الامام لان قضاء الدين من القاضي اعانة (و يبيع احد النقدين بالآخر استحسانا) بالاجماع وفي القياس لا يبيع الدراهم للدنانير ولا الدنانير للدراهم للاختلاف في الصورة ولا يأخذ رب الدين جبرا وجه الاستحسان الاتحاد في الثمنية ولذا يضم احدهما الى الآخر في الزكوة (وعندهما) وعند الائمة الثلاثة (يحجر عليه) اى على المديون (ان طلب غرماؤه) الحجر عليه (ويمنع من التصرف) الذي يضر بالغرماء (و) يمنع من (الاقرار) اى اقرار الدين بغيرهم حتى لا يضر بالغرماء لان الحجر على السفيه انما جوز نظرا له وفي هذا الحجر نظر للغرماء لانه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم ومعنى قولهما ومنعه من البيع ان يكون باقل من ثمن المثل اما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه كما في الهداية (و يبيع الحاكم ماله) اى مال المديون الحاضر ليؤدى الدين من عنه لانه لو كان غائبا لا يبيع ماله اتفاقا (ان امتنع) من بيعه (ويقسمه) اى يقسم عنه (بين غرمائه بالحصص) اذا لا يفاء حق عليه فبا بائه ناب عنه الحاكم كجب فان المجبوب اذا امتنع عن المفارقة فرق الحاكم بينهما والاصل ان من امتنع عن ايفاء حق مستحق عليه وهو مما تجرى فيه النيابة ناب القاضي منابه كذمي اسلم عبده فابى ان يبيعه باعه القاضي عليه (وان اقر حال حجره) بمال (لزمه) ذلك المال (بعد قضاء ديونه لا في

الحال) لان المديون لما حجر للغرماء تعلق حقهم بما فى يده فلا يملك ابطاله بالاقرار لغيرهم مع ان الاقرار امر مشاهد فيحتمل ان يكون كاذبا فلا يزاحم لكن ينفذ اقراره على نفسه وفيه اشارة الى انه لو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ اقراره وتبرعاته فيه لان حقهم تعلق بالمال القائم لا بالمستفاد و الى انه لو استهلك مالا لغيرهم فله ان يشاركهم فيما فى يده لانه مشاهد وكذا لو تزوج امرأة بمهر مثلها وكذا لو كان سبب وجوب الدين ثابتا عند القاضى بعلمه او بشهادة الشهود فله ان يشاركهم فيه (و ينفق من مال المفلس عليه وعلى من تلزمه نفقته) كاولاده الصغار وزوجته وذوى ارحامه لان حاجته الاصلية مقدمة على الغرماء (والفتوى على قولهما فى بيع ماله لامتناعه)عن البيع كما فى الاختيار (وتباع النقود) جملة مستأنفة استينافا بيانيا كأن قائلا قال اذا كان الفتوى على قولهما فى بيع ماله فاى ماله يباع اولا فاجاب بقوله وتباع النقود اولا (ثم) تباع (العروض ثم العقار) وقيل يبدأ القاضى ببيع مايخشى عليه التوى من عروضه ثم مالا يخشى عليه التلف منه ثم بيع العقار فالحاصل ان القاضى نصب ناظرا فينبغى له ان ينظر للمدين كما ينظر للدائن فيبيع ماكان انظر اليه و بيع مايخشى عليه التلف انظر له (و يترك له) اى للمديون (دست من ثياب بدنه) و يباع الباقى لان به كفاية (وقيل) يترك له (دستان) لانه اذا غسل ثيابه لابد له من ملبس وقالوا اذا كان للمدين ثياب يلبسها و يكتفى بدون ذلك فانه يبيع ثيابه فيقضى الدين ببعض ثمنها و يشترى بما بقى ثوبا يلبسه لان قضاء الدين فرض عليه وكان اولى من التجمل وعلى هذا اذا كان له مسكن و يمكنه ان يشترى بما دون ذلك يبيع ذلك المسكن و يقضى ببعض ثمن الدين و يشترى بالباقى مسكنا يكفيه كما فى التبيين (ومن افلس وعنده متاع رجل شراه منه) اى من الرجل فقبضه من البايع بعد الشراء باذنه و المتاع قائم بيده (فرب المتاع اسوة الغرماء فيه) اى فى المتاع فيبيع و يقسم ثمنه بينهم بالحصص اذا كان الدين كله حالا واما اذا كان الدين بعضه حالا فيقسم بين غرماء الحال ثم بعد انقضاء الاجل شاركهم فيما قبضوه بالحصص كما فى القهستانى قيدنا القبض بعد الشراء بالاذن لانه ان افلس قبل قبضه او بعده بغير اذن بايعه كان للبايع استرداده وحبس المبيع بالثمن وقال الشافعى البايع اولى سواء كان قبل القبض او بعده

فصل

فى بيان احكام البلوغ (يحكم ببلوغ الغلام بالاحتلام والانزال او الاحبال) اى بجعل المرأة حبلى (و ببلوغ الجارية بالحيض او الاحتلام او الحبل) بفتحتين

وذا لايكون بلا انزال منهما ولذا لم يذكر الانزال فى الجارية قيل وجه عدم الذكر فيها انه امر باطنى لايعلم منها كما يعلم من الصبي وفى الدرر والاصل ان البلوغ يكون بالانزال حقيقة ولكن غيره مما ذكر لايكون الامع الانزال فجعل كل واحد علامة على البلوغ وفى التسهيل فعلى هذا ينبغي ان يكون المراد بالاحتلام هو الاحتلام مع الانزال فح يغنى ذكر الانزال عن ذكر الاحتلام وفى القرائد فى عدم كون الحيض لامع الانزل كلام تدبر انتهى لكن يمكن ان الحيض لايوجد الامن يحبل عادة وذا يكون بعد الانزال (فان لم يوجد شيء من ذلك) اى من اسباب الحكم ببلوغهما (فاذا تم له) اى للغلام (ثماني عشر سنة) يحكم ببلوغه (و) اذا تم (لها سبع عشرة سنة يحكم ببلوغهما) عند الامام لقوله تعالى ولاتقربوا مال اليتيم الا بالتى هى احسن حتى يبلغ اشده واشد الغلام على ماقاله ابن عباس رضى الله تعالى عنهما ومن تبعه ثماني عشرة سنة وقيل اثنان وعشرون وقيل خمس وعشرون فوجب ان يدور الحكم على القول الاول للاحتياط الا ان الجارية اسرع بلوغها من الغلام ففرقنا بينهما بسنة (وعندهما) والائمة الثلاثة (اذا تم خمس عشرة سنة فيهما) اى فى الغلام والجارية (وهو رواية عن الامام و به يفتى) لان علامة البلوغ لاتتأخر عن هذه المدة فيهما غالبا (وادنى مدته) اى مدة البلوغ بالاحتلام ونحوه (له) اى للغلام (اثنتا عشرة سنة ولها) اى للجارية ادنى المدة (تسع سنين) كذا ذكروا ولايعرف ذلك الاسماعا او بالتتبع (واذا راهقا) اى قربا بالبلوغ (وقالا قد بلغنا صدقا) فى دعواهما ان لم يكذبهما الظاهر لما فى الخانية صبى اقر انه بالغ وقاسم وصى الميت قال ابو بكر محمد بن الفضل ان كان الصبي مراهقا قبل قوله وتجوز قسمته وان لم يكن مراهقا ويعلم ان مثله لايحتلم لاتجوز قسمته ولايقبل قوله لانه يكذب ظاهره وتبين بهذا ان بعد ثنتى عشرة سنة اذا كان بحال لايحتلم مثله اذا اقر بالبلوغ لايقبل قوله (وكانا) اى الغلام والجارية (كالبالغ حكما) اى احكامهما حكم البالغين لانه امر لايوقف عليه الامن جهتهما فيقبل فيه قولهما بالضرورة

﴿ كتاب المأذون ﴾

ايراد المأذون بعد الحجر ظاهر المناسبة اذ الاذن يقتضى سبق الحجر وفى اللغة عبارة عن الاعلام وفى الشرع (الاذن فك الحجر) الثابت شرعا (واسقاط الحق) مطلقا سواء كان حق الصبي او المعتوه او حق مولى عبد وقد ذهب البعض الى تخصيص الاسقاط بحق مولى العبد هنا وهو التصرف والخدمة

لمولاه اذ هذا الحق يمنع تصرف العبد لنفسه فاذا اسقط المولى حقه هذا يقدر العبد الى الاكتساب بالاضافة الى نفسه ليتعلق حق من يعامله بذمته ولا يقدر الى دفع يد مولاه عما اكتسبه كالحر فيأخذ من كسب عبده كما فى شرح الوقاية لابن الشيخ وفى الدرر والاذن نوعان احدهما اذن العبد وهو فك الحجر بالرق الثابت شرعا على العبد واسقاط الحق فيتصرف العبد لنفسه باهليته والنوع الثانى اذن الصبي والمعتوه وهو فك الحجر واثبات الولاية لهما (ثم يتصرف العبد) بعد ذلك لنفسه (باهليته) القديمة فقوله ثم يتصرف عطف على محذوف فان قوله الاذن فك الحجر معناه اذا اذن المولى ينفك الحجر عن العبد فعطف على قوله ينفك قوله ثم يتصرف العبد فقوله واسقاط الحق كالتفسير لقوله فك الحجر (فلا تلزم) تفريع على كون تصرف العبد لنفسه باهليته (سيده عهدة) اى عهدة التصرف كما اذا اشترى شيئا ولم يؤد ثمنه يطلب منه الثمن ولم يرجع على سيده لانه اشترى لنفسه لا لسيده والوكيل عكس هذا اذ الثمن يطلب من الموكل لا من الوكيل (ولا يتوقت) الاذن بزمان ولا مكان (فلو اذن له) اى للعبد (يوما) ونحوه من اليوم المعين والليل والشهر والسنة او مكانا (فهو مأذون دائما الى ان يحجر عليه) لان الاسقاطات لا تتوقف فان قيل ينبغى ان لا يكون له ولاية الحجر لان الساقط لا يعود قلت بقاء ولاية الحجر باعتبار بقاء الرق فكان فى الحجر امتناع عن الاسقاط فيما يستقبل الا ان الساقط يعود وفيه اشعار بان تعلق الاذن بالشرط جائز كاضافته الى المستقبل كما فى القهستانى (ولا يتخصص) بنوع من التجارة (فاذا اذن فى نوع من التجارة كان مأذونا فى سائر الانواع) حتى لو اذن بشراء الخز ونهى عن شراء البز كان اذنا بشراء البز وغيره وان لم يكن العبد مهتديا الى التصرف فى غير الخز والسيد عالم به فان قلت انه ازال الحجر فى حق تصرف خاص قلت نعم الا انه يوجب الرضاء بتعطيل منافعه مطلقا والتخصيص لغو كما فى القهستانى وقال زفر الاذن عبارة عن توكيل وانابة فيتقيد بما قيد به المولى وبه قال الشافعى واحمد (وثبت) الاذن (صريحا) كما اذا قال لعبده اذنت لك فى التجارة (ودلالة بان رأى عبده يبيع ويشترى فسكت) ولم يمنعه منه فسكوته اذن له فى التجارة بخلاف سكوت القاضى فانه ليس باذن لكن لا يكون مأذونا فى ذلك الشيء لانه وسيلة الاذن ووسيلة الشيء خارج عن ذلك الشيء (سواء كان البيع للمولى او لغيره بامره او بغير امره) بيعا (صحيحا او فاسدا) وفى التبيين هكذا ذكره صاحب الهداية وغيره وذكر قاضيخان فى فتاواه اذا رأى عبده يبيع عينا من اعيان المالك فسكت لم يكن اذنا

وكذا المرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لايبطل الرهن انتهى لكن يمكن التوفيق بين كلام صاحب الهداية وقاضيخان بان يقال ان مراد قاضيخان بقوله لم يكن ذلك اذنا له هو ان سكوت المالك فيما اذا رأى عبده يبيع عينا من اعيان مال المولى لايصير اذنا فى حق ذلك التصرف الذى صادفه السكوت لافى حق سائر تصرفات ذلك العبد فى باب التجارة مطلقا ويرشد اليه قوله وكذا المرتهن آه فان المراد هناك عدم صحة التصرف الذى صادفه السكوت لامحالة وكذا يؤيده ماقاله القهستانى فى هذا المحل نقلا عن الذخيرة فانه يصير مأذونا فيما يستقبل فيصح تصرفاته فيه لافيما يبيع من مال سيده فى الحال لانه لابد فيه من الاذن الصريح بخلاف مااذا اشترى من ماله فعلى هذا ان مافى الدرر فى هذا المحل محل تأمل تتبع وعند زفر والشافعى لايثبت الاذن بسكوت المولى عند مايراه يبيع او يشترى لانه يحتمل الرضى والسخط فلا يثبت بالشك ولنا ان العادة قد جرت بذلك لاجل دفع الضرر عن الناس (وللمأذون) خبر مقدم (اذنا عاما لا بشراء شئ بعينه او) شراء (طعام الاكل او) شراء (ثياب الكسوة) يعنى للعبد الذى قال له مولاه قد اذنت لك فى التجارة ولم يقيده بشراء شئ بعينه او بشراء طعام الاكل او ثياب الكسوة ولم يقيده ايضا بنوع من التجارة (ان يبيع) مبتدأ مؤخر (ويشترى) لان اللفظ يتناول جميع انواع التجارات واما اذا امره بشراء شئ بعينه كالطعام والكسوة لايكون مأذونا له لانه استخدام ولو صار مأذونا له لتضرر كما فى شرح الكنز للعينى وفى القهستانى اذا قال له اذنت لك فى التجارة اى فى كل تجارة او قال له اشترلى ثوبا وبعه او قال له آجر نفسك من الناس فانه صار مأذونا لانه امر بالعقود المتكررة بخلاف مالو قال اشترلى ثوبا للكسوة او آجر نفسك من فلان فى عمل كذا فانه لم يصر مأذونا لانه امره بعقد واحد وقد صح ان يكون استخداما فلو لم يصح للاستخدام صار مأذونا وان امره بعقد واحد كما اذا غصب العبد متاعا وامره السيد ان يبيعه فانه صار مأذونا لانه لم يمكن ان يجعل استخداما للسيد وهذا ظاهر ولا كذلك لانه لم يعمل له وعلى هذا الاصل يخرج جنس هذه المسائل كما فى الذخيرة (ويوكل بهما) اى له التوكيل بالبيع والشراء لانه من توابع التجارة فلعله لايتمكن من مباشرة الكل فيحتاج الى معين (و) له ان (يسلم) اى يجعل نفسه رب السلم (و) له ان (يقبل السلم) اى يجعل نفسه المسلم اليه لانهما من توابع التجارة (و) له ان (يرهن ويرتهن) لانهما ايفاء واستيفاء وهما من توابع التجارة (ويزارع) اى له ان يدفع الارض مزارعة ويأخذها مزارعة لانهما من عمل التجارة (و) له ان (يشترى بذرا يزرعه) لان يربح (و) له ان (يشارك

عنانا)لانه وكالة وليس ان يشارك مفاوضة لانها كفالة (و)له ان (يستأجر) الاجير والبيت وغيرهما (ويوجرولو) وصلية (نفسه)فان اجارة نفسه بيع منافعه وليس كبيع نفسه فيملك التصرف وعندالائمة الثلاثة ليس له ذلك لان ذلك تصرف في نفسه فلا يتطمه الاذن (و) له ان (يضارب) يأخذ المال مضاربة (ويدفع المال مضاربة) لانه ان دفع يكون مستأجرا وان اخذ يكون موجرانفسه وهما من التجارة (و)له ان (يبضع) اى يدفع المال بضاعة يعني له ان يعطى رجلا قدررأس المال ليتجربه ويكون الربح له (و) له ان (يعيرو) له ان (يقر) بدين اذلولم يجز الاقرار لم يعامله احد فيكون من لوازم المعاملة سواء صدقه المولى او كذبه وسواء كان مديونا اولا هذا اذاكان اقراره في صحته وان كان في المرض قدم غرماء الصحة كما في الحر وعندالائمة الثلاثة بدين معاملة فقط واذا اقر لزوجته ووالده وولده بطل عند الامام خلافا لهما (وو ديعة) لان الايداع وقبول الوديعة من عادة التجار فله ان يقر بها (وغصب) لان ضمان الغصب مفاوضة فيملك المغصوب بالضمان فله ان يقربه (ولوباع اواشترى بغبن فاحش جاز) عند الامام لان المأذون متصرف باهلية نفسه كالحر فيصح عقده بالفاحش ولونهي عن البيع بالغبن الفاحش كما في المنح (خلافا لهما) لان المق من الاذن الاسترباح والعقد بالفاحش اتلاف فلا يدخل تحت الاذن فلا يجوز قيد بالفاحش لان بيعه وشراءه بغبن يسير جائز بالاتفاق لتعذر الاحتراز عنه (ولوحابى)العبد المأذون اى باع شيئا باقل من قيمته والمحاباة الغبن بالرضاء (في مرض موته صح من جميع المال ان لم يكن عليه) اى على المأذون (دين) فينفذوان زادت المحاباة على الثلث (وان كان) عليه دين (فن جميع مابقى) بعد الدين يعني يؤدى دينه اولا فمابقي يكون المحاباة من جميعه لان الاقتصار في الحر على الثلث لحق الوارث ولا وارث للعبد والمولى وان كان بمنزلة الوارث الا انه رضي بسقوط حقه بالاذن فصار كالوارث اذا اسقط حقه من الثلثين (وان لم يبق) شيء بعد الدين بان كان محيطا بما في يده (ادى المشترى جميع المحاباة اورد المبيع) اى يقال له ادجميع المحاباة والا فاردد المبيع كما في الحر هذا اذا كان المولى صحيحا وان مريضا لايصح محاباة العبد الا من ثلث مال المولى كتصرف المولى بنفسه كما في التبيين (وله) اى للمأذون (ان يضيف معامله) لجريان العادة بذلك بين التجار لاستجلاب القلوب وفي البزازية ويتخذ الضيافة اليسيرة لا الكثيرة وذا بقدر المال حتى لوكان في يده عشرة آلاف درهم فبعشرة يسيرة ولوعشرة دراهم في يده فبدانق كثيرة (و) له (ان يحط من الثمن) قدر مايحط التجار لانه لايملك ان يحط من الثمن اكثره

من العادة لانه تبرع بعد تمام العقد (بعيب) اى بسبب عيب ظهر فيه لانه من صنيع التجا رقيد بالعيب لانه لا نحط بدونه لانه تبرع (و) له (ان يأذن رقيقه فى التجارة) لانه نوع تجارة والاصل ان كل من له ولاية التجارة يصح اذنه للعبد فيها كالمكاتب والمأذون والمضارب والاب والجد والقاضى وشريكى المفاوضة والعنان والوصى ولا يجوز للام والاخ والعم لانهم ليس لهم ولاية التجارة كما فى الاختيار (لا ان يتزوج) اى ليس للمأذون ان يتزوج الا باذن المولى لانه ليس من باب التجارة ولا ان يتسرى جارية اشتراها وان اذن له مولاه كما فى جواهر الفقه (او يزوج عبده) لان التزويج ليس بتجارة فلا ولاية له فى ذلك الا باذن المولى (وكذا) لا يزوج (امته) عند الطرفين (خلافا لابى يوسف) فان عنده يزوج الامة دون العبد لان تزويجها تحصيل مال باسقاط النفقة وايجاب المهر فيصير كاجارتها ولهما ان الاذن لا يتناول غير التجارة وقد مر ان التزويج ليس منها (ولا ان يكاتب) رقيقه لانه ليس بتجارة اذ هى مبادلة مال بمال وبدل الكتابة مقابل بفك الحجر وهو ليس بمال (او يعتق ولو) وصلية (بمال) لان الاعتاق فوق الكتابة فاذا لم يملك هذا لا يملك الاعلى ولانه ليس بحر فلا يملك التحرير وهذا اذ لم يجز المولى فان اجاز ولا دين عليه جاز وكذا اذا كان عليه دين عند هما لكن ضمن قيمة العبد للغرماء (او يقرض) اى ليس له ان يقرض لانه تبرع ابتداء (او يهب ولو) وصلية (بعوض) لانها من التبرعات (او يهدى) اى ليس له الاهداء (الا) اهداء الشئ (اليسير من الطعام) كالرغيف ونحوه لاستجلاب القلوب لا الدراهم والدنانير (والمحجور لا يهدى اليسير ايضا) لعدم الاذن (وعن ابى يوسف اذا دفع المولى الى العبد (المحجور قوت يومه فدعا بعض رفقائه) على ذلك الطعام (للاكل معه فلا بأس به) لعدم ظهور الضرر على المولى (بخلاف مالو دفع اليه) اى الى العبد المحجور (قوت شهر) لما فى اكلهم حينئذ ضرر بين للمولى (قالوا ولا بأس للمرأة ان تتصدق من بيت زوجها باليسير كالرغيف ونحوه) بدون استطلاع رأى الزوج لانها غير ممنوعة من قبله عادة وهذه المسئلة ليست من مسائل هذا الباب فيكون ذكرها لمناسبة هى كونها مأذونة عادة وفى اكثر الكتب والاب والوصى لا يملكان فى مال الصغير ما يملكه العبد المأذون له من اتخاذ الضيافة اليسيرة والصدقة (وما لزم المأذون من الدين بسبب تجارة او ما فى معناها) اى فى حكم التجارة (كبيع وشراء) نظير للتجارة قيل صورة وجوب الدين بالبيع والشرى ان يبيع ويستحق المبيع ويهلك الثمن فى يده (واجارة واستئجار وغصب وجحد امانة وعقر امة شراها فوطئها فاستحقت) نظير لما هو فى معنى

التجارة قبل صورة وجوب الدين بالاجارة ان يأخذ المأذون الاجرة معجلا ثم يهلك المستأجر او يستحق قبل تمام المدة (يتعلق) ذلك الدين (برقبته) اى المأذون وفيه اشعار بانه لو باع مولاه بعد الدين كان باطلا فقيل معناه سيبطل لانه موقوف على اجازة الغرماء وقيل انه فاسد لانه لو اعتقه المشترى بعد القبض يصح ولزمه قيمته فلا يكون موقوفا كما فى القهستانى (فيباع فيه) اى يبيع القاضى المأذون مرة فى ذلك الدين بطلب الغرماء بحضرة مولاه او نائبه وان لم يرض بذلك مولاه (ان لم يفده) اى الدين (المولى) وقال زفر يتعلق بالكسب لا بالرقبة لانه مأذون فى التجارة لا فى التصرف فى رقبته لان غرض المولى من اذنه تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال قد كان بخلاف دين الاستهلاك فانه يباع فيه لجناية لا تعلق لها بالاذن وبه قال الشافعى ومالك وعن احمد يتعلق بذمة مولاه ولنا انه ظاهر فى المولى بسبب الاذن وكل دين يظهر فى حقه فهو متعلق بالرقبة لانه لابد من محل يستوفى منه واقرب المحال اليه نفسه فصار كدين الاستهلاك والجامع دفع ضرر الناس (ويقسم) القاضى (ثمنه) اى ثمن العبد (وما فى يده) اى يد المأذون (من كسبه) بين الغرماء (بالحصص) اى بمقدار نصيب دين كل واحد منهم لان ديونهم متعلقة برقبته فيتحاصون فى الاستيفاء من البدل كما فى التركة (سواء) كان (كسبه) اى كسب المأذون فى يده (قبل الدين او بعده او اتهبه) وحاصله سواء كان كسبه قبل الدين او بعده بالمبايعة او بقبول الهبة وفيه اشعار بانه يشترط حضور المأذون فى بيع كسبه لانه الخصم فيه ولا يشترط رضاه ولا حضور مولاه (وما بقى عليه) اى على العبد من الدين بعد ما اقتسم الغرماء ثمنه (يطالب به بعد عتقه) ولا يطالب به للحال اذ لهم الخيار فى القليل العاجل بالبيع والكثير الآجل بالسعاية لا فى الجمع بينهما ولا فى الطلب من المولى لانقطاع تعلقه به (وما اخذه سيده منه) اى من كسبه (قبل) ظهور (الدين لا يسترد) لانه اخذه حين كان فارغا عن حاجة العبد فخلص له بمجرد القبض (وله) اى للمولى (اخذ غلة) اى اجرة (مثله مع وجود الدين) يعنى لو كان المولى يأخذ من العبد كل شهر عشرة دراهم مثلا قبل لحوق الدين يكون له اخذ غلة بعد وجود الدين مثل ما اخذه قبل الدين استحسانا والقياس ان لا يأخذ لان الدين مقدم على حق المولى فى الكسب وجه الاستحسان ان فى اخذه الغلة منفعة للغرماء فانه يترك على حاله لاجل ما يحصل له من المنفعة ولو لم يأخذ يحجر عليهم فينسد عليهم باب الاكتساب (والزائد عليها) اى على غلة مثله (للغرماء) لعدم الضرورة فيه

وتقدم حقهم (و يحجر) المأذون غيرالمدبر (ان ابق) لان الاباق يمنع ابتداء الاذن عندنا على ماذكر شيخ الاسلام خواهر زاده وكذا يمنع بقاءه فلا يلزم شيء من تصرفاته كالبيع وعندزفر والائمة الثلاثة يبقى مأذونا لان الاباق لاينافي ابتداء الاذن فلا ينافي دوامه وهل يعود الاذن ان عاد من الاباق فالصحيح انه لايعود وفي القهستاني لو اذن الآبق لم يصح الاذن لكن في الهداية اشارة الى انه قد صح اذنه كاذن العبد المغصوب فانه قد صح الا انه لايبطل اذنه به وفصل في الذخيرة بانه ان اقر الغاصب اوكان للمالك بينة حاضرة عادلة فقد صح الاذن والافلا (اومات سيده اوجن مطبقا اولحق بدار الحرب) حال كونه (مرتدا) علم العبد بذلك اولم يعلم اما الموت فلانه يزيل الملك واما الجنون فلانه يزيل الاهلية واما اللحاق فلانه موت حكما (اوحجر عليه) اى يصير محجورا ان حجر المولى عليه بان قال حجرتك عن التصرف او بايصال خبر الحجر اليه بشرط ان يعلم المأذون حجر نفسه الاحتراز عن الضرر هو قضاء الدين بعد الحرية (وعلم به اكثر اهل سوقه) اى سوق العبد لان الاكثر قائم مقام الكل هذا اذا كان الاذن شايعا اما اذا لم يعلمه الا العبد فيكفي علمه حجره وقال الشافعي حجره صحيح وان لم يعلم به احد من اهل سوقه و به قال مالك واحمد (و) تحجر (الامة) المأذونة (ان استولدها سيدها) عندنا استحسانا لانه يمنع عن ان تخرج الى الناس لتتعامل معهم فيكون الاستيلاد احصانا دالا على الحجر عادة الا اذا اذنها صريحا وهو يتفوق دلالة وقال زفر لايصير محجورا عليها اعتبارا للبقاء بالابتداء فانه يصح ان يأذن لام ولده والبقاء اسهل و به قالت الائمة الثلاثة (لا) تحجر الامة المأذونه (ان دبرها) المولى وهذا بالاجماع لانعدام دلالة الحجر (و يضمن) المولى (القيمة للغريم فيهما) اى في الاستيلاد والتدبير لانه اتلف بهما محلا تعلق به حق الغرماء وهو الرقبة المحبوسة عنده لانه بفعله امتنع بيعهما و بالبيع يقضى حقهم وعند الائمة الثلثة لايضمن (واقراره) اى المأذون وهو رفع بالابتداء (بعد الحجر بدين او بان ما في يده امانة) لغيره (اوغصب) منه (صحيح) فيقضى مما في يده لامن رقبته لانها ليست من كسبه بل من كسب مولاه هذا عند الامام (خلافا لهما) فانهما قالا لايصح اقراره وهو القياس لان المصحح هو الاذن وقد زال و به قالت الائمة الثلثة وجه الاستحسان ان المصحح هو اليد وهي باقية حقيقة و بطلان اليد حكما بالحجر فراغ ما في يده من الاكساب عن حاجته واقراره دليل على تحققها (وان استغرق دينه) اى دين المأذون (رقبته وما في يده لايملك سيده ما في يده) من اكسابه عند الامام ثم فرع عليه بقوله (فلو اعتق عبدا مما في يده لايصح) عند الامام

(وعندهما) وعند الائمة الثلثة (يملك) السيد ما في يده (فيصح عتقه) في عبده و يغرم قيمته للغرماء لوجود سبب الملك في كسبه وهو كونه مالكا لرقبته ولهذا يحل وطئ المأذونة وله ان ملك المولى انما يثبت خلافه عن العبد عند فراغه عن حاجته والمحيط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه والعتق وعدمه فرع ثبوت الملك وعدمه وقال صاحب المنح ولو اشترى ذارحم محرم من المولى لم يعتق ولو كان المولى يملك ما معه لعتق ولو اتلف المولى ما في يده من الرقيق ضمن لانه اتلف مالا يملكه ولو كان المولى يملك ما معه لم يضمن (وان لم يستغرق) دينه رقبته (صح) اعتاق عبده (اتفاقا) اما عندهما فظاهر واما عنده فلانه لايعرى عن دين قليل فلو جعل مانعا لايبقى الانتفاع بكسبه فيفوت الغرض من الاذن (ويصح بيعه) اى بيع هذا المأذون (من سيده بمثل القيمة) او اكثر لانه لاتهمة في البيع بمثل القيمة فيصح (لا) يصح بيعه (باقل) من القيمة ولو يسيرا لان حق الغرماء تعلق بالمالية فليس له ان يبطل حقهم اما لو كان دينه اقل بحيث لايحيط فجاز بيعه باقل من قيمته لعدم تعلق حق الغرماء وفي القهستاني وهذا عنده واما عندهما فيبيع من سيده مطلقا الا ان السيد مخير بين ازالة الغبن و بين نقض البيع و يبيع من اجنبي بالغبن اليسير لا الفاحش وقيل الصحيح ان قوله كقولهما كما في الكافي (و) يصح (بيع سيده منه) اى من هذا المأذون (بمثلها) اى بمثل القيمة و بالاقل منها لايصح لان المولى اجنبي عن كسب عبده اذا كان عليه دين فالكلام فيه لانه لايملك كسبه فيخرج المبيع عن ملكه فيصح كما في الاجنبي وعندهما جواز البيع يعتمد الفائدة وقد وجدت فان المولى يستحق اخذ الثمن والعبد المبيع فثبت لكل واحد منهما ما لم يكن ثابتا قبل ذلك فافاد كما في التبيين (لا) يصح (بالاكثر) لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء (فلو باع) المولى منه (باكثر) من قيمة المثل (يحط) المولى (الزائد) من القيمة (او ينقض البيع) صيانة لحق الغرماء كما في المبسوط بلا ذكر الخلاف لكن في المحيط وغيره انه عندهما واما عنده فالبيع فاسد وان اسقط المحاباة وكان الغبن يسيرا كما في القهستاني (فان سلم سيده اليه) اى الى العبد (المبيع قبل نقد الثمن سقط) عن ذمة هذا المأذون (الثمن) اى ثمن مبيع باعه سيده منه لان المولى لما سلم المبيع فقد ابطل حقه من العين فلم يبق له حق الا في الدين مع ان المولى لايستوجب على عبده دينا فيبطل الثمن ايضا فيخرج مجانا بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا حيث يكون المولى احق به من الغرماء لانه تعين بالعقد فملكه به عنده وعندهما تعلق حقه بعينه فكان احق به و بخلاف ما اذا باع العبد من سيده فسلم اليه المبيع قبل قبض الثمن حيث لايسقط الثمن كما في

التبيين وعن ابي يوسف ان للمولى ان يسترد المبيع ان كان قائماً في يد العبد و يحبسه حتى يستوفى الثمن (وله) اى للمولى (ان لم يسلمه) اى المبيع (حتى يأخذ ثمنه) لان البيع لا يزيل ملك اليد مالم يصل اليه الثمن فيبقى للمولى على ما كان عليه حتى يستوفى الثمن ولذا يكون اخص من سائر الغرماء (ويضمن السيد) للغرماء (باعتاقه) العبد (المأذون) حال كونه (مديونا الاقل من قيمته) اى العبد (ومن الدين) اى ان كانت قيمة المأذون اقل من الدين ضمن سيده للغرماء القيمة لتعلق حقهم برقبته وان كان الدين اقل من القيمة ضمن الدين لان حق الغرماء ليس الا فيه وقد وصلو اليه وصار هذا كما لو اعتق الراهن المرهون (وما زاد من دينه على قيمته طولب به معتقا) اى للغرماء ان يطالبوه بعد عتقه لان الدين مستقر في ذمته لوجود سببه والمولى لم يتلف الا قدر القيمة فبقى الباقى عليه كما كان فيرجع به عليه وعند مالك والشافعي يؤخذ من كسبه والا طولب بعد عتقه قيل الغرماء بالخيار ان شاؤا اتبعوا المعتق بالدين وان شاؤا اتبعوا المولى بالاقل من قيمته ومن الدين (وان باعه) المولى (وهو) اى العبد المأذون (مديون مستغرق) رقبته (وغيبه مشتريه) اى جعله المشترى بعد قبضه غائبا (فللغرماء اجازة بيعه واخذ ثمنه) اى ان شاء الغرماء اجازوا البيع واخذوا ثمن العبد المبيع لا يضمنون احدا القيمة لان الحق لهم والاجازة اللاحقة كالاذن السابق (او تضمين اى شاؤا من السيد والمشترى قيمته) اى قيمة العبد لانه متعد ببيعه وتسليمه الى المشترى وانما قيد بقوله وغيبه لان الغرماء اذا قدروا على العبد كان لهم ان يبطلوا البيع الا ان يقضى المولى ديونهم (وان ضمنوا السيد) اى ان اختاروا تضمين قيمته اياه (ثم رد عليه) اى رد المشترى العبد على البايع بقضاء (بعيب) اى بسبب عيب بعد ما ضمنه الغرماء قيمته (رجع) المولى (عليهم) اى على الغرماء (بالقيمة وعاد حقهم) اى الغرماء (فى العبد) لان سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم هذا اذا رده عليه قبل القبض مطلقا او بعده بقضاء لانه فسخ من كل وجه وكذا اذا رده عليه بخيار الرؤية او الشرط وان رده بالعيب بعد القبض بغير قضاء فلا سبيل للغرماء على العبد ولا للمولى على القيمة لان الرد بالتراضي اقالة وهى بيع فى حق غيرهما وان فضل شئ من دينهم رجعوا به على العبد بعد الحرية (وان باعه) المولى (و) الحال انه قد (اعلم) المشترى (بكونه مديونا فللغرماء رد البيع ان لم يصل ثمنه اليهم) لان حقهم تعلق به وهو حق الاستسعاء او الاستيفاء من رقبته وفى كل منهما فائدة فالاول تام مؤخر والثانى ناقص معجل وبالبيع تفوت هذه الخيرة فلهذا لهم ان يردوه (وان وصل) عنه (اليهم ولا محاباة

فى البيع فلا) اى فليس لهم ان يردوه لو صول حقهم اليهم فينفذ البيع لزوال المانع هذا اذا كان الدين حالا وكان البيع من غير طلب الغرماء والثمن لايفى بدينهم فاما اذا كان دينهم مؤجلا فالبيع جائز لانه باع ملكه وهو قادر على تسليمه ولم يتعلق به حق الغيره لان حق الغرماء متأخر وكذا اذا كان البيع بطلبهم لان البيع وقع لاجلهم وكذا اذا كان الثمن يفى بدينهم (فان غاب البايع) بعد بيع المولى المأذون وقبض المشترى (فالمشترى ليس خصما لهم ان انكر المشترى (الدين) عند الطرفين (وعند ابى يوسف هو خصم ويقضى لهم بالدين)لانه يدعى الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه ولهما ان الدعوى تتضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب وعلى هذا الخلاف اذا اشترى دارا ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له واما اذا كان البايع حاضرا والمشترى غائب فالحكم كذلك اجماعا (ومن قال) عند قدومه مصرا (انا عبد فلان فاشترى وباع) ساكتا عن اذنه وحجره اوغير ساكت (فحكمه كالمأذون) بناء على ان امور المسلمين محمولة على الصلاح والجواز لايكون الا بالاذن فوجب ان يحمل عليه مع ان العمل بالظاهر الاصل فى المعاملات دفعا للضرر عن الناس اولان تصرفه واقدامه عليه كالحر دليل الاذن (الا انه لايباع فى الدين) لان بيع الرقبة ليس من لوازم الاذن لان المدبر المأذون اذا لحقه الدين لاتباع رقبته اذالدين لم يظهر فى حق المولى لان الغرور والضرر ليس من جانبه فيطالب الدين من العبد بعد عتقه (مالم يقر سيده باذنه) يعنى اذا حضر المولى واقر باذنه او اثبت الغريم اذنه على وجه المولى فيباع العبد المأذون

فصل

فى بيان حكم الصبى والمعتوه (تصرف الصبى ان نفع) بلا ضرر اصلا (كالاسلام وقبول الهبة والصدقة صح بلا اذن) اى بلا توقف على اذن الولى لكونه اهلا ولو على القصور (وان ضر) اى ان كان تصرفه ضارا (كالطلاق والاعتاق فلا) يصح (ولو) وصلية (باذن) لانعدام الشرط فيه وهو الاهلية الكاملة (وان احتملهما) اى النفع والضر (كالبيع والشراء صح بالاذن) اى باذن الولى (لابدونه) اى الاذن علق باذن وليه دفعا للضرر بانضمام رأى الولى فى المتردد بينهما وعند الشافعى لايصح تصرفه باجازة الولى ولذا لايصح اسلامه (فاذا اذن للصبى فى التجارة ابوه او جده عند عدمه) اى الاب (او وصى احدهما) اى وصى الاب او الجد

عند عدم وصى الاب والمراد منه الترتيب لان وصى الاب مقدم على الجد وترتيبه ابوه مادام حيا حاضرا و بعد موته وصيه المختار ثم وصى وصيه كمافى القهستانى ثم جده اب الاب ثم وصيه ثم وصى وصيه (او القاضى) اى ثم القاضى او من يقوم مقامه دون الام و وصيها وصاحب الشرط (فحكمه) اى حكم هذا الصبى (حكم العبد المأذون) فى جميع ما ذكرنا من الاحكام من انه لا يتقيد بنوع من التجارة و يكون مأذونا لسكوت الولى حين يراه يبيع و يشترى ويصح اقراره بمافى يده من كسبه و يجوز بيعه بالغبن الفاحش عنده خلافا لهما (بشرط ان يعقل كون البيع سالبا للملك والشراء جالبا له) اى للملك زاد الزيلعى عليه وان يقصد الربح و يعرف الغبن اليسير من الفاحش (فلو اقر) الصبى (المأذون) بالتجارة من قبل الولى (بما فى يده من كسبه) من عين او دين او ليه او لغيره لانه من تمام التجارة ولو لم يصح لايعامله الناس (او ارثه) اى بماورث عن ابيه او غيره (صح) اقراره فى ظاهر الرواية لان الحجر ارتفع بالاذن فصار كالبالغ (وعن الامام انه لايصح فى الارث) لان الحاجة فى صحة الاقرار بما معه للحاجة اليه فى التجارة ولا حاجة فى الموروث (والمعتوه) الذى يعقل البيع والشراء بالمعنى المذكور (بمنزلة الصبى) فيما مر من الاحكام وفى التبيين تفصيل فليراجع (وصح اذن الوصى او القاضى لعبد اليتيم لان لهما تصرفا فى مال اليتيم والاذن منه

كتاب الغصب

وكان المناسب ايراده تلو كتاب الحجر لما بينهما من المناسبة الظاهرة لكن عارضه ان ايراد المأذون بعد الحجر ادخل فى المناسبة لما تقرر من انه فك الحجر فاورده بعده كما فى المنح هو فى اللغة اخذ الشئ من الغير على وجه القهر مالا كان او غيره حتى يطلق على اخذ الحر ونحوه مما لا يتقوم يقال غصبه منه وغصبته عليه وقد يسمى المغصوب غصبا تسمية للمفعول بالمصدر وفى الشرع (هو) اى الغصب (ازالة اليد المحقة) اى التى لها حق (باثبات اليد المبطلة) فى مال متقوم محترم قابل للنقل بغير اذن مالكه لابخفية وهذه القيود لابد منها لان قولنا فى مال بمنزلة جنس لكونه شاملا مع انه احتراز عن ميتة وحر وقولنا متقوم احتراز عن خمر مسلم وقولنا محترم احتراز عن مال الحربى وقولنا قابل للنقل احتراز عن العقار فان غصبه غير متصور خلافا لمحمد فعنده الغصب تفويت يد المالك لاغير وعند الائمة الثلثة اثبات يد مبطلة لاغير وفائدة الخلاف فى زوائد المغصوب كولد المغصوبة وثمرة البستان فانها ليست بمضمونة عندنا وعندهم مضمونة

وقولنابغيراذن مالكه احتراز عن اخذه من يدالمالك باذنه كالوديعة وقولنا لا بخفية احتراز عن السرقة ثم اشار الى الخلاف بقوله (فاستخدام العبد) اى عبد الغير (بغيراذنه وحمل الدابة) اى دابة الغير بغير اذنه (غصب) لوجود ازالة اليدالمحقة وانبات اليد المبطله فيهما (لاالجلوس على البساط) لان الجلوس عليه ليس بتصرف فيه اذالبسط فعل المالك وقديبقى اثرفعله فى الاستعمال فلم يكن آخذاوعند الائمة الثلثة الجلوس ايضا غصب (وحكمه) اى الغصب (اثم ان علم) انه مال الغير وان ذلك الفعل غصب واقدم عليه اما ان ظن انه ماله فالضمان ولااثم اذالخطأ مرفوع (ووجوب رد عينه) اى عين المغصوب (فى مكان غصب) الغاصب اياهالاختلاف القيم باختلاف الاماكن (ان كانت) العين (قائمة) بقوله صلى الله تعالى عليه وسلم على اليد مااخذت حتى ترداى يجب على اليد الغاصب ردما اخذت حتى تردفاذا ردت سقط وجوب الرد (والضمان لو هلكت) اى العين سواء علم اولم يعلم وسواء هلك اواهلك لانه حق العبد فلايتوقف على علمه وقصده (فى المثلى) وهومايوجد له مثل فى الاسواق بلاتفاوت معتدبه كما فى اكثرالكتب لكن يشكل بنحو التراب والصابون فانه قيمى (كالكيلى والوزنى والعددى المتقارب) اى مالا يتفاوت آحاده فى القيمة (يجب مثله) لان هذا الواجب ضمان جبروالجبر انما يتحقق بايجاب المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل مااعتدى عليكم ورد العين هو الموجب الاصلى لانه اعدل واكمل ورد القيمة اوالمثل مخلص يصار اليه عند تعذرردالقيمة ولهذايطالب برد العين قبل الهلاك ولواتى بالقيمة او المثل لايعتدبه لكونه قاصرا وكذا يبرأ الغاصب برد العين من غيرعلم المالك بان سلمه اليه بجهة اخرى كما اذا وهبه له او اطعمه اياه فاكله والمالك لايدرى انه ملكه وفى الاطعام خلاف الشافعى كما فى شرح الكنز للعينى (فان انقطع المثل) عن ايدى الناس (تجب قيمته يوم الخصومة) والقضاء عند الامام لان المثل نوعان كامل وهو مثل صورة ومعنى فصار اصلا فى ضمان العدوان وقاصر وهوالمثل معنى هوالقيمة وضمان القاصر لايكون مشروعا مع احتمال الاصل لكونه خلفا عنه ولاينقطع الاحتمال بالانقطاع ولكن بالخصومة والقضاء ولذا لوصبرالمالك الى مجئ اوانه كان له ان يطالب بالمثل الكامل وبه قال مالك واكثر الشافعية وهو الصحيح كما فى القهستانى نقلا عن التحفة (وعندابى يوسف يوم الغصب) لان سبب الوجوب هو الغصب فتعتبر قيمته يومه وفى القهستانى هواعدل الاقوال كما قال صدر الشريعة وهو المختار على ماقال صاحب النهاية (وعند محمد يوم الانقطاع) لانه صار الآن كالذى لامثل له وبه قال احمد

وبعض الشافعية وبه افتى كثير من المشايخ كما في القهستاني وفيه كلام لان يوم الانقطاع على قول محمد لاضبط له (وفي القيمي كالعددي المتفاوت) كالثياب والحيوان (والمثلي المخلوط) بخلاف جنسه (نحو البر المخلوط بالشعير) والموزون الذي في تبعيضه ضرر كالاواني المصوغة بحيث تخرجه الصنعة عن المثلية بجعله نادرا بالنسبة الى اصله كالقمقم والقدر والابريق (تجب قيمته يوم الغصب اجماعا) لانه لامثل له لان الصورة لما تعذر اعتبارها لتفاوتها اعتبر المعنى وهو القيمة دفعا للضرر بقدر الامكان وقال مالك يضمن مثله صورة وفي المنح كل مكيل وموزون مشرف على الهلاك مضمون بقيمته في ذلك الوقت كسفينة موقورة اخذت في الغرق والقى الملاح مافيها من المكيل والموزون في الماء يضمن قيمتها ساعتئذ وفي الصيرفية صب ماء في طعام فافسده وزاد في كيله فله ان يضمنه قيمة الحنطة قبل ان يصب الماء فيه وليس له ان يضمنه طعاما مثله هذا اذا لم ينقله الى مكان فان نقله يضمن المثل لانه ح غصب وهو مثلي يجب عليه المثل بخلاف مالو صب الماء في موضع الذي فيه الحنطة بغير نقل (فان ادعى الغاصب (الهلاك) اى هلاك المغصوب (حبس) ذلك الغاصب اذا لم يرض المالك بالقيمة فانه مقر بالغصب فاذا انكر اقام عليه بينة والصحيح انه تقبل البينة في حق الحبس كما في القهستاني (حتى يعلم) ويظن بمضي مدة موكولة الى رأى القاضي (انه) اى المغصوب (لو كان باقيا لاظهره ثم يقضي) اى يقضي الحاكم (عليه) اى على الغاصب (بالبدل) اى بدل المغصوب اى بالمثل في المثلي وبالقيمة في القيمي وفي التنوير ولو ادعى الغاصب الهلاك عند صاحبه بعد الرد وادعى المالك الهلاك عند الغاصب واقاما البرهان فبرهان الغاصب اولى هذا عند محمد وعند ابي يوسف بينة المالك اولى وفي المنح الغاصب المودع المتعدى اذا قال لااعرف قيمة المغصوب بعد هلاكه والمالك يقول قيمته كذا درهما وهو لايصدقه ولايقر بشيء من القيمة ويقول لااعرف قيمته فانه يحلف على دعوى المدعى فان لم يحلف يكون حكمه حكم النكول يحكم عليه بعد العرض ثلثا ولو قال المغصوب منه كانت قيمة ثوبه مائة فالقول قول الغاصب مع يمينه ويجبر على البيان لانه اقر بقيمة مجهولة فاذا لم يبين يحلف على ما يدعي المغصوب منه من الزيادة فان حلف يحلف المغصوب منه ايضا ان قيمة ثوبه مائة ويأخذ من الغاصب فاذا اخذ ثم ظهر الثوب كان الغاصب بالخيار ان شاء رضي بالثوب وسلم القيمة للمغصوب منه وان شاء رد الثوب واخذ القيمة (والغصب انما هو فيما ينقل) لانه ازالة يد المالك باثبات يده وذلك يتصور في المنقول ثم فرع عليه بقوله (فلو غصب عقارا) هو ماله اصل وقرار

كالضيعة والدار (فهلك في يده) بان غلب السيل على الارض اوهدم البناء بآفة سماوية (لايضمن) عند الشيخين لانتفاء الشرط هو النقل بل يرد لما م ان الغصب ازالة اليد بفعل في العين وهو لايتصور في العقار لان يد المالك تزول عنه باخراجه وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي حتى تلف لايضمن لان منع المالك بالتبعيد فعل فيه لا في المواشي (خلافا لمحمد) فان عنده يجرى الغصب في العقار لان ازالة اليد فيه يكون بما يمكن لا بالنقل و بقوله قال ابو يوسف اولا وزفر وهو قول الائمة الثلثة و به يفتى في الوقف كما في شرح الكنز للعيني وغيره وفي المنح الفتوى في غصب العقار والدور الموقوفة بالضمان وقال الاستروشني وعماد الدين في فصوله والاصح انه اى العقار يضمن بالبيع و التسليم و بالجحود في الوديعة اى اذا كان العقار وديعة عنده فجحده كان ضامنا بالاتفاق و بالرجوع عن الشهادة بان شهدوا على رجل بالدار ثم رجعا بعد القضاء ضمنا (ومانقص منه) اى من العقار (بفعله كسكناه) اى سكنى الغاصب في الدار المغصوبة (وزرعه) في الارض المغصوبة (ضمنه) اى النقصان بالاجماع كما في النقلي لان ذلك اتلاف واهلاك والعقار يضمن به ولايشترط للضمان الاتلاف في يده قيل في تفسير النقصان انه ينظر بكم تستأجر هذه الارض قبل الاستعمال و بعده وقيل بل ينظر بكم تباع قبل الاستعمال و بكم تباع بعده فيضمن تفاوت ما بينهما من النقصان وقال العيني وغيره وهو الاقيس (و يأخذ) الغاصب (رأس ماله) وهو البذر وماغرم من النقصان وماانفق على الزرع (و يتصدق بالفضل) عند الطرفين حتى اذا غصب ارضا فزرعها كرين فاخرجت ثمانية اكرار ولحقه من المؤنة قدر كر ونقصها قدر كر فانه يأخذ منه اربعة اكرار و يتصدق بالباقي (وعند ابي يوسف لايتصدق به) اى بالباقي لان الزيادة حصلت في ضمانه وملكه لان ماضمن من العائت يملكه بالضمان ولهما انه صار ملكا له ملكا خبيثا وحراما لخبث السبب وهو التصرف في ملك الغير فيكون سبيله التصدق (وكذا لو استغل العبد المغصوب) اى لو آجر العبد المغصوب واخذ غلته (فنقصه الاستغلال اوآجر) المستعير (المستعار ونقص يضمن النقصان) لانه دخل جميع اجزائه في ضمانه فيجب عليه ضمان قيمة ماتعذر رده من اجزائه كلا او بعضا (وما فضل من الغلة والاجرة تصدق به) عند الطرفين (خلافا له) اى لابي يوسف لما ذكرنا آنفا (وان تصرف في الغصب اوالوديعة فربح وهما يتعينان بالتعيين) كالعروض ونحوها (تصدق بالربح) ولايطيب له عند الطرفين (خلافا له) اى لابي يوسف (ايضا) اى كخلافه في المسئلة التي قبلها (وان كانا)

اى المغصوب او الوديعة (لايتعينان) كالنقدين فقد قال الكرخى على اربعة اوجه ذكر المص بقوله (فان اشار) المتصرف (اليهما) اى الى دراهم الغصب او الوديعة (و نقدهما فكذلك) لايطيب له الربح و يتصدق به عندهما خلافا له (وان اشار الى غيرهما و نقدهما) اى دراهم الغصب او الوديعة (او اشار اليهما و نقد غيرهما او اطلق) اطلاقا و لم يشر اليهما ولا الى غيرهما بل قال اشتريت بدرهم (و) لكن (نقدهما) اى دراهم الغصب او الوديعة (طاب له الربح اتفاقا قيل و به) اى بعدم الطيب فى الاولى و بالطيب فى الصور الثلث الباقية (يفتى) قاله صاحب الوقاية موافقا لما فى المحيط حيث قال الفتوى على قول الكرخى لكثرة الحرام دفعا للحرج عن الناس فى هذا الزمان وهذا قول الصدر الشهيد وفى الدرر و به كان يفتى الامام ابو الليث (والمختار) عند مشايخنا (انه لايطيب مطلقا) يعنى فى الصور كلها لاطلاق المبسوط والجامعين (ولو اشترى

بالف الغصب او الوديعة جارية تعدل الفين فوهبها او طعاما فاكله لايتصدق بشئ) وهذا قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس كما فى الهداية

﴿ فصل ﴾

وان غير ما غصبه) بالتصرف فيه احتراز عما اذا تغير بغير فعله بان صار العنب مثلا زبيبا بنفسه او الرطب تمرا فالمالك يخير ان شاء يأخذه وان شاء يتركه و يضمنه (فزال) بذلك التغيير (اسمه) اى اسم المغصوب احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها فقط فان ملك مالكها لم يزل بالذبح المجرد اذ لم يزل اسمها به حيث يقال شاة مذبوحة لكن اورد على ذلك بقولهم شاة مشوية مع انها تخالف المذبوحة فى الحكم (واعظم منافعه) اى اكثر مقاصده احتراز عن دراهم فسبكها بلا ضرب فانه وان زال اسمه لكن يبقى اعظم منافعه ولذا لاينقطع حق المالك عنه كما فى المحيط وغيره فلم يكن زوال الاسم مغنيا عن اسم المنافع كما فى القهستانى فعلى هذا ان ماقال صاحب الدرر من انه لم يقل اعظم منافعه لان من قاله قصد تناوله الحنطة اذا غصبها و طحنها فان المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسة ونحوها يزول بالطحن ولا حاجة اليه لان قوله زال اسمه مغن عنه لانه يلزمه ليس بسديد بل هو عدم اطلاع على ماقررنا نقلا عن المحيط وغيره تدبر (ضمنه) اى الغاصب المغصوب (وملكه) بتقرر الضمان على الغاصب كما هو المتبادر واليه ذهب بعض المتقدمين وقال بعض المتأخرين ان سبب الملك الغصب عند اداء الضمان فلو ابى المالك عن اخذ القيمة واراد اخذ المغير لم يكن له ذلك كما فى النهاية لكن حكى عن الامام مفتى الثقلين ان الصحيح عند المحققين من مشايخنا على قضية مذهب اصحابنا انه لايملك الا عند تراضى الخصمين بالضمان او قضاء القاضى به

﴿ اواداء ﴾

او اداء البدل كما فى القهستانى نقلا عن الذخيرة وعند الشافعى فى القول الاظهر لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن ابى يوسف غير انه اذا اختار اخذ العين لا يضمن النقصان عنده فى الاموال الربوية وعند الشافعى يضمنه (ولا يحل انتفاعه) اى انتفاع الغاصب (به) اى بالمغصوب المغير (قبل اداء الضمان) استحسانا والقياس الحل وهو رواية عن الامام وقول الحسن وقول زفر لان ملكه ثبت بكسبه والملك مبيح للتصرف ولهذا لو وهبه او باعه صح وجه الاستحسان ان فى اباحة الانتفاع به قبل الاداء فتحا لباب الغصب فيحرم الانتفاع لكن جاز للغاصب بيعه وهبته لانه مملوك له بجهة محظورة كالمقبوض بالبيع الفاسد (كشاة ذبحها وطبخها او شواها او قطعها او برطحنه او زرعه ودقيق خبزه وعنب او زيتون عصره) قيد للعنب والزيتون (وقطن غزله وغزل نسجه وحديد جعله سيفا وصفر جعله آنية وساجة) بالجيم وهو مفرد ساج وهو شجر عظيم صلب قوى ينبت ببلاد الهند وهى من اعز الاشجار ويستعمل فى بناء الدور وابوابها واساسها واما اذا بنى عليها فلا ينقطع حق المالك لانه متعد فى البناء عليها والساجة من وجه كالاصل لهذا البناء فيهدم للرد كما اذا بنى فى الارض المغصوبة (او لبنة بنى عليها) وهذه الاشياء تمثيلات للاعيان المغصوبة المتغيرة بفعل الغاصب تغيرها ظاهر فيما عدا الساجة واما تغيرها فيها فلانها كانت نقلية والآن صارت من العقار ولذا استحق بالشفعة فيكون هالكا من وجه ومتغيرا من وجه والتغير يوجب انقطاع حق المالك وهو يملكها بهذه التصرفات عندنا خلافا للشافعى وهو يضمنه النقصان وفى الذخيرة انما يزول الملك عن الساجة اذا كانت قيمتها اقل من قيمة البناء واما اذا كانت اكثر منها فلا تزول عن ملكه كما فى شرح المجمع (وان جعل الفضة او الذهب دراهم او دنانير او) جعل الفضة او الذهب (آنية لا يملكه) اى المجعول (وهو لمالكه بلا شئ) فى مقابلة الجعل عند الامام لان الجودة والصنعة فى الاموال الربوية عند مقابلتها بجنسها لا قيمة لها ولهذا لو غصب حليا فكسره ثم رده الى مالكه لا يضمن (وعندهما يملكه الغاصب وعليه) اى على الغاصب (مثله) اى مثل الذهب والفضة لتبدل الاسم بالصنعة (فان ذبح) الغاصب (الشاة) بغير اذنه (فالمالك) يخير (ان شاء طرحها) اى الشاة (عليه) اى على الغاصب (وضمنه قيمتها) اى الشاة المذبوحة (او اخذها) اى الشاة (وضمنه نقصانها) اى الشاة بذبحها لوجود نقصان بعض منافعها كالدر والنسل دون بعض اذ لحمها منتفع به وروى الحسن عن الامام انه ليس له ان يضمنه النقصان اذا اخذ اللحم لان الذبح والسلخ زيادة فيها والاول هو الظ (وكذا لو قطع يدها) اى الشاة لان قطع اليد او الرجل كالذبح فى الحكم فله الخيار المذكور فى الذبح (او قطع طرف

دابة غير مأكولة) وظاهر كلام المصنف انه يخير فيه ايضا بين تضمين جميع قيمتها وتركها له و بين تضمين نقصانها لكن ما في اكثر الكتب المعتبرات يخالف ظاهره لانهم قالوا لو كانت الدابة غير مأكولة اللحم يضمن قاطع الطرف جميع قيمتها لانه استهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف العبد حيث يضمنه نصف قيمته مع اخذه انتهى وفى الفرائد تفصيل وحاصله ان العلماء اختلفوا ففرق بعضهم بين مأكول اللحم وغير مأكول اللحم كما فى الهداية ومختار الفتاوى وشروح الكنز والدرر وغيرها وبعضهم سوى بينهما والمصنف اختار التسوية بينهما فلهذا قال او قطع طرف دابة غير مأكولة معطوفا على ما قبله انتهى لكن التسوية على قول محمد فقط لما فى الخانية ولو ذبح حمار غيره ليس له ان يضمنه النقصان فى قول الامام ولكن يضمنه جميع القيمة وعلى قول محمد ان ذبح حمار غيره فللمالك ان يمسك الحمار ويضمنه النقصان وان شاء ضمنه كل القيمة فلا يمسك المذبوح وان قتله قتلا فليس له ان يضمنه النقصان وقال محمد ان كان له قيمة بعد قطع اليد والرجل فان شاء ضمنه جميع القيمة وان شاء امسك الدابة ويضمن النقصان والاعتماد على قول الامام انتهى فعلى هذا ان ما قال صاحب الفرائد ليس بشئ بل الصواب ان يقال ان مراد المص من قطع طرف دابة غير مأكولة الدابة التى يمكن الانتفاع بما بقى قيمة لما فى النهاية نقلا عن النوادر اذا قطع اذن الدابة او ذنبها يضمن النقصان فلهذا قال من قطع طرف دابة غير مأكولة ولم يقل يد دابة او رجلها وكذا يضمن النقصان لو قال صاحب الدابة انى اضمنه النقصان ولو سلم الجلد اليه ان كان جلدها ثمن تتبع (او خرق الثوب) اى يخير ايضا لو خرق ثوب الغير (خرقا فاحشا يفوت) الجملة صفه خرقا (بعض العين و بعض نفعه) لا كله لانه لو فوت كل النفع ضمنه كل القيمة هذا تفسير الخرق الفاحش على الصحيح وفى التبيين والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين و بعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شئ من المنفعة وانما يدخل فيه نقصان فى المنفعة وفى النهاية ان الفاحش هو المستأصل للثوب وهو ان يجعل الثوب لا يصلح الا للخرق ولا يرغب فى شرائه وعزاه الى الحلوانى قلت وفى المجتبى والصحيح ما حده محمد له وهو ان يفوت بعض العين وجنس من منافعه و يبقى بعض العين و بعض المنفعة وقيل يرجع فى ذلك الى الخياطين وقيل ان كان طولا ففاحش وان كان عرضا فيسير والكل فى المنح (وفى) خرق (يسير نقصه) اى نقص الخرق الثوب والجملة صفة يسير (ولم يفوت شيئا من النفع يضمن) الخارق (نقصانه) يعنى مع اخذ عينه وليس له غير ذلك لان العين قائمة من كل وجه وانما دخله عيب

فنقص لذلك فكان له ان يضمنه النقصان (ولو بنى رجل فى ارض غيره اوغرس) فيها شجرا (امر) البانى والغارس (بالقلع) فى ظاهر الرواية (والرد) اى رد الارض الى المالك لقوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق اى لذى عرق ظالم وصف العرق بصفة صاحبه وهو الظلم مجازا كما يقال صام نهاره وقام ليله هذا اذا كانت الارض لاتنقص بالقلع (وان كانت تنقص بالقلع فللمالك ان يضمن له) اى للغاصب (قيمتها) اى قيمة البناء والغرس (مأمورا بقلعهما) لان فيه دفع الضرر عنهما وانما يضمن قيمته مقلوعا لانه مستحق القلع ثم بين طريق معرفة قيمتهما بقوله (فتقوم الارض بلا شجر او بناء) بمائة مثلا (وتقوم مع احدهما) بمائة وعشرة حال كونه (مستحق القلع) فح ينقص اجرة القلع هى درهم فيبقى مائة وتسعة دراهم (فيضمن) المالك (الفضل) هو التسعه قال المشايخ هذا اذا كانت قيمة البناء او الغرس اقل من قيمة الارض واما اذا كانت قيمة البناء اوالغرس اكثر من قيمة الارض فلا يقال للغاصب اقلع البناء او الغرس ورد الارض بل يضمن قيمة الارض فيملكها بالضمان و به يفتى بعض المتأخرين لكن ظاهر الرواية ماذكر فى المتن و به يفتى البعض فى زماننا سدا لباب الظلم هذا اذا كانت الارض ملكا اما اذا كانت وقفا فيؤمر بالقلع والرد مطلقا وفى التبيين وعلى هذا لو ابتلعت دجاجة لؤلؤة ينظر ايهما اكثر قيمة فلصاحبه ان يأخذ و يضمن قيمة الآخر وعلى هذا التفصيل لو ادخل فصيل غيره فى داره وكبر فيها ولايمكن اخراجه الا بهدم الجدار وعلى هذا التفصيل لو ادخل البقر رأسه فى قدر من النحاس فتعذر اخراجه (وان صبغ) الغاصب (الثوب) الذى غصبه (احمر او اصفر اولت السويق) الذى غصبه (بسمن فالمالك) بالخيار (ان شاء ضمنه) اى الغاصب (قيمة ثوبه) حال كونه (ابيض) اى اخذ قيمة ثوب ابيض لانه متلف من وجه (و) ضمنه (مثل سويقه) لكونه مثليا وترك ماغصبه الغاصب له (او اخذهما) اى ان شاء اخذ الثوب والسويق (وضمن مازاد الصبغ والسمن) فى الثوب والسويق لان الصبغ مال متقوم كالثوب و بغصبه وصبغه لايسقط حرمة ماله و يجب صيانتهما ما امكن وذا فى ايصال معنى مال احدهما اليه و ايفاء حق الآخر فى عين ماله وهو فيما قلنا من التخيير الا انا اثبتنا الخيار لرب الثوب لانه صاحب اصل والغاصب صاحب وصف كما فى الدرر وعند الشافعى يؤمر الغاصب بقلع الصبغ بالغسل بقدر الامكان و يسلمه وان انتقص قيمة الثوب بذلك فعليه ضمان النقصان (وان صبغه) اى الثوب (اسود ضمنه) اى المالك (قيمته ابيض او اخذه بلا رد شئ لانه) اى الصبغ بالسواد (نقص) عند الامام (وعندهما الاسود

كثيره وهو) اى الاختلاف بين الامام و بينهما اختلاف زمان فان بنى امية فى زمانه كانوا يمتنعون عن لبس السواد وفى زمانهما بنو العباس كانوا يلبسون السواد فاجاب كل على ماشاهده وفى التنوير رد غاصب الغاصب المغصوب على الغاصب الاول يبرأ عن ضمانه كما لو هلك المغصوب فى يد غاصب الغاصب فادى القيمة الى الغاصب اذا كان قبضه القيمة معروفا غصب شيئا ثم غصبه آخر منه فاراد المالك ان يأخذ بعض الضمان من الاول و بعضه من الثانى له ذلك الاجازة لاتلحق الاتلاف فلو اتلف مال غيره تعديا فقال المالك اجزت اورضيت لم يبرأ من الضمان كسر الغاصب الخشب فاحشا الا يملكه ولو كسره الموهوب له لم ينقطع الرجوع

فصل

فى بيان مسائل تتصل بمسائل الغصب (وان غيب ماغصبه) اى ان جعل الغاصب المغصوب غائبا (وضمن قيمته) للمالك (ملكه) اى الغاصب المغصوب ان كان قابلا للنقل من ملك الى ملك هذا عندنا لان المالك ملك البدل بكماله فيملك الغاصب المبدل والا يلزم اجتماع البدل والمبدل فى ملك شخص واحد فلا توجد العدالة بل يقع الضرر فيملك الغاصب المبدل كما ملك المالك البدل تحقيقا للعدالة بينهما ودفعا للضرر حتى لوكان المغصوب قريب الغاصب يعتق عليه باداء الضمان عندنا وقال الشافعى لايملكه الغاصب لان الغصب محظور فلا يصلح سببا للملك (مستندا الى وقت الغصب) وكل شئ ثبت مستندا فهو ثابت من وجه دون وجه فيكون ناقصا فلا يظهر اثره فى حق الاولاد و يظهر فى حق الاكساب وعن هذا قال (وتسلم له الاكساب) للتبعية (دون الاولاد) لان تبعيتهم فوق تبعية الاكساب الا يرى ان ولد المدبر والمكاتب مدبر ومكاتب ولايكون اكسابهما مدبرا ومكاتبا (والقول فى القيمة) عند اختلافهما (للغاصب مع يمينه) لانه منكر (ان لم يبرهن مالكه على الزيادة) التى ادعاها فان اقيمت حجتها وجبت تلك الزيادة ولم يعتبر قول الغاصب حينئذ لان المالك اثبته بالحجة الملزمة وفيه اشعار بانه لولم يقم واقام الغاصب حجة القلة لم تقبل وهو الصحيح بل يحلف على دعواه لان بينته تنفى الزيادة والبينة على النفى لاتقبل وقال بعض مشايخنا ينبغى ان تقبل لاسقاط اليمين عن نفسه كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فان القول قوله ولو اقام بينة على ذلك قبلت وكان القاضى ابو على النسفى يقول هذه المسئلة عدت مشكلة ومن المشايخ من فرق بين هذه المسئلة و بين مسئلة الوديعة وهو الصحيح كما فى النهاية وغيرها

وفى

وفي المنح الغاصب اوالمودع المتعدى اذاقال لا اعرف قيمة المغصوب بعد هلاكه والمالك يقول قيمته كذا دو هما وهولا يصدقه ولا يقر بشيء من القيمة ويقول لااعرف قيمته فانه يحلف على دعوى المدعى فان لم يحلف يكون حكمه حكم النكول وهل يشترط ذكر اوصاف المغصوب في دعوى الغصب ام لا الاصح عدم الاشتراط قال محمد في الاصل اذا ادعى رجل على رجل انه غصب منه جارية له واقام على ذلك بينة يحبس المدعى عليه حتى يجيء بها ويردها على صاحبها وتمامه في العناية فليراجع (فان ظهر) المغصوب الغائب (وقيمته اكثر) اى حال كون قيمته اكثر مما ضمن الغاصب به (و) الحال انه (قد ضمنه الغاصب) (بقول المالك او ببرهانه او بالنكول) اى بنكول الغاصب عن اليمين (فهو) اى المغصوب (للغاصب ولا خيار للمالك) لانه رضى به لادعائه هذا القدر وينفذ بيع غاصب ضمن القيمة بعد بيعه (وان ضمنه) الغاصب (بقوله) اى بقول الغاصب مع يمينه (فللمالك) بالخيار (ان شاء امضى الضمان) اى اجاز ضمانه بان رضى بالبدل وترك المغصوب في يد الغاصب (او) ان شاء (اخذه) اى المغصوب الظاهر من الغاصب (ورد عوضه) الذى اخذه من الغاصب لانه لم يرض بزوال عينه بهذا المقدار لادعائه الزيادة فيصير اخذه لضرورته عن اقامة البينة قال العينى وغيره ولو ظهر المغصوب وقيمته مثل ماضمنه اواقل في هذه الصورة وهي ما اذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه قال الكرخي لا اختيار له لانه توفر عليه مالية ملكه بكماله وفي ظاهر الرواية يثبت له الخيار وهو الاصح (ولو برهن كل من المالك والغاصب على الهلاك عند الآخر) اى لو اقام الغاصب البينة على انه رد المغصوب الى المالك فهلك عنده واقام المالك بينة على انه هلك عند الغاصب (فبينة الغاصب اولى) عند محمد لان الضمان ثابت بنفس الغاصب فلا حاجة الى اثباته لكن الغاصب يدعى زاله والمالك ينكره فبينة الغاصب تكون اولى وفي المجمع وهذا ظاهر المذهب (خلافا لابي يوسف) فان عنده بينة المالك اولى لانها مثبتة للضمان ولم ينقل عن الامام شيء وفي الجواهر ولو شهدوا ان الغاصب غصب هذا العبد ومات عنده وشهد شهود الغاصب انه مات في يد المالك لم تسمع بينة الغاصب وروى عن محمد في الاملاء ان البينة بينة الغاصب ولو اقام المالك البينة ان الغاصب غصب يوم النحر بالكوفة واقام الغاصب البينة انه كان يوم النحر بمكة هو او العبد فالضمان واجب على الغاصب ولو شهد احدهما انه غصب هذا العبد منه وشهد آخر على اقراره بالغصب لم تقبل (ومن غصب عبدا فباعه) اى الغاصب المغصوب (فضمنه)

المالك قيمته (نفذ بيعه) اى بيع الغاصب (وان اعتق فضمنه) بعده (لاينفذ عتقه) والفرق ان ملك الغاصب ناقص لانه يثبت مستندا كامر وهو يكفي لنفاذ البيع دون العتق الاترى ان البيع ينفذ من المكاتب بل من المأذون دون عتقه (وزوائد المغصوب غير مضمونة مالم يتعد) الغاصب (فيها) اى في الزوائد او يمنعها بعد طلب المالك اياها) اى الزوائد (سواء كانت متصلة كالحسن والسمن او منفصلة كالولد والثمر) لانها امانة وحكمها هذا وقال الشافعي عليه الضمان مطلقا لوجود حد الغصب لما مر هو اثبات اليد المبطلة فحسب عنده ولنا ان سبب الضمان اخراج العين من ان تكون منتفعا بها في حق المالك ولم يوجد الا اذا وجد ما يفوت حقه كالتعدى والمنع بعد الطلب فحينئذ يتحقق حد الغصب لانه صار مزيلا على المالك يدا لتصرف والانتفاع ويستثنى منه منافع غصب الوقف فانها تضمن وعليه الفتوى كما في القهستاني نقلا عن العمادى (وان نقصت الجارية بالولادة في يد الغاصب) اى اذا ولدت الجارية المغصوبة التى حبلت عند الغاصب ولدا ونقصت بالولادة (ضمن) الغاصب (نقصانها) اى الجارية (و) لكن (يجبر) النقصان (بقيمة الولد) قال زفر والشافعي لايجبر النقصان بالولد لانه ملكه فكيف يجبر ملكه بملكه كما لو جز صوف شاة الغير ونبت آخر فلا يفيد اتحاد سبب الزيادة والنقصان فيلزم عليه الضمان ولنا ان سبب النقصان والزيادة واحد وهو الولادة لانها اوجبت فوات جزء من مالية الام وحدوث مالية الولد فاذا صار مالا انعدم ظهور النقصان به فانتفى الضمان (او) يجبر (بالغرة) لانها كالولد لكونها قائمة مقامه لوجوبها بدلا عنه (ان وفت) قيد لقيمة الولد والغرة (معا) اى يجبر النقصان بقيمة الولد ان كان في قيمته وفاء ويسقط ضمانه عن الغاصب وان لم يكن وفاء به يسقط بحسابه وكذا يجبر النقصان بالغرة ان فيها وفاء به ويسقط ضمانه عن الغاصب وان لم يكن وفاء يسقط بحسابه ايضا (ولو زنى) الغاصب (بامة غصبها) فحبلت (فردها) اى الامة (حاملا فولدت فماتت) عند المالك (بها) اى بسبب الولادة في نفاسها (ضمن) الغاصب (قيمتها يوم علوقها) عند الامام لان ما انعقد فيها من العلوق هو سبب التلف فلا يوجد الرد بعد ذلك على الوجه الذى غصبها كما اذا جنت في يد الغاصب وقتلت في يد المالك (بخلاف الحرة) يعنى لو اخذها مكرهة فزنى بها فردها حاملا فولدت وماتت لايضمن الغاصب ديتها لان الحرة لاتكون مضمونة بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد (وعندهما لايضمن في الامة ايضا) اى كالحرة بل يضمن نقصان الحبل وهو قول الائمة الثلاثة لان سبب التلف هو الولادة في يد المالك بعد صحة الرد

من الغاصب لان العيب لايمنع صحة الرد ولكنهامعيبة بالحبل فيجب عليه نقصان العيب (ولوردها محمومة) اى لو غصب امة فحمت ثم ردها محمومة فماتت لايضمن)الغاصب الانقصان الحمى اتفاقا كما فى البزازية وغيرها لان الموت يحصل بزوال القوى وانه يزول بترادف الآلام فلم يكن الموت حاصلا بسبب وجد فى يد الغاصب فيجب عليه قدر ما كان عنده دون الزيادة وفى الجواهر اذا غصب صبيا حرا من اهله فرض ومات فى يده فلا ضمان عليه وكذا اذا اصابه شئ من آفة السماء ولو عقره سبع او نهشته حية فالغاصب ضامن وفى نسخة فعلى عاقلة الغاصب الدية (وكذا الوزنت) الامة المغصوبة (عنده) اى عند الغاصب (فردها) اى الامة (فجلدت) فى يد المالك (فماتت منه) اى من الجلد لايضمن الغاصب الانقصان الزنا لانه الحاصل عنده لاسبب الموت وهو الجلد (ولايضمن) الغاصب (منافع ماغصبه سواء سكنه) اى فيما غصبه (اوعطله) اى جعله معطلا هذا عندنا وعند الشافعي واحمد يضمن فيجب اجر المثل لانها مال متقوم مضمونة بالعقود كالاعيان وعند مالك يضمن بالاجر فى السكون لافى التعطيل ولنا ان عمر وعليا رضى الله تعالى عنهما حكما بوجوب قيمة ولد المغرور وحريته ورد الجارية مع عقرها على المالك ولم يحكما بوجوب اجر منافع الجارية والاولاد مع علمهما ان المستحق يطلب بجميع حقه وان المغرور كان يستخدمها مع الاولاد ولو كان ذلك واجبا له لما سكتا عن بيانه بوجوبه عليهما ولعدم المماثلة بين المنافع والدراهم لانعدام البقاء فى المنافع فلايكون تقومها لذاتها بل لضرورة ورود العقد ولاعقد هنا واما اذا انتقص بالاستعمال فيضمن لاستهلاكه بعض اجزاء العين (الافى الوقف) وكذا فى مال اليتيم والمعد للاستغلال ذكر صدر القضاة ويصير الدار معدة للاستيجار اذا بناها لذلك او اشتراها لذلك اوتواجر ثلث سنين على الولاء ويشترط علم المستعمل بكونها معدة حتى يجب الاجر واستثنى صاحب المنح فقال الا اذا سكنها بتأويل ملك اوعقد يعنى منافع المعد للاستغلال مضمونة فى كل الاحوال الافيما ذكر من السكنى بتأويل ملك وعقد كبيت سكنه احد الشريكين امافى الوقف اذا سكنه احدهما بالغلبة بدون اذن الآخر سواء كان موقوفا للسكنى اوللاستغلال فانه لايجب الاجر واما السكنى بتأويل العقد لما تقدم عن القنية من سكنى المرتهن بتأويل عقد الراهن انتهى (ولا) يضمن ايضا (خمر المسلم اوخنزيره بالاتلاف) سواء كان المتلف مسلما اوذميا لعدم تقومهما فى حق المسلم والعبرة لجانب المتلف عليه دون المتلف (وضمن) المتلف (القيمة فيهما لوكانا) اى الخمر والخنزير (لذمى)

لانهما مال فى حقه وقد امرنا ان نتركهم وما يدينون وعند الشافعي لايضمن لعدم التقوم ايضا فى حق الذمى لكونه تابعا فى الاحكام لنا (وان اتلف ذمى خمر ذمى ضمن مثلها) لقدرته عليه ولو اسلم الطالب بعدما قضى له بمثلها فلا شئ على المطلوب لان الخمر فى حقه ليست بمتقومة فكان باسلامه مبرئا له عما كان فى ذمته من الخمر وكذا لو اسلما ولو اسلم المطلوب وحده او اسلم المطلوب ثم الطالب بعده قال ابو يوسف لايجب عليه شئ وهو رواية عن الامام وقال محمد يجب عليه قيمة الخمر وهو رواية عن الامام ايضا وفى التنوير بخلاف ما اشتراها اى الخمر من الذمى وشرب بها فلا ضمان عليه (ولا ضمان باتلاف الميتة ولو) وصلية (لذمى) لان احدا لايعتقد تمولها (ولا) ضمان (باتلاف متروك التسمية عمدا ولو) وصلية (لمن يبيحه) من المسلمين لان استحلال متروك التسمية مخالف لنص الكتاب والخصم مؤمن به فتثبت ولاية المحاجة فلايجب على متلفه الضمان ولا على من اشتراه بالثمن ولاينعقد صحيحا (وان غصب خمر مسلم فخللها اى صيرها خلا (بما لاقيمة له) كالنقل من الشمس الى الظل او من الظل الى الشمس (اخذها المالك بلاشئ) لان التخليل بماذكر تطهير لها بمنزلة غسل الثوب النجس فلايوجب المالية فيبقى على الملك المغصوب منه (فلو اتلفها) اى الخمر التى تصير خلا (الغاصب) قبل ان يردها الى المالك (ضمنها) لان المغصوب واجب الرد عليه فاذا فوته عليه وجب عليه قيمته خلفا عنه (لا) يضمن (لو تلفت بلا صنعه) لانه لم يوجد منه التفويت (وان خلل) الغاصب الخمر (بالقاء ملح) ذى قيمة ونحوه (ملكها) اى الخمر التى تصير خلا (ولاشئ) للمالك (عليه) اى الغاصب عند الامام لان الخمر لم تكن متقومة والملح مثلا متقوم فترجح جانب الغاصب فيكون له بغير شئ (وعندهما يأخذها المالك ان شاء ويرد قدر وزن الملح من الخل) هكذا ذكروه كانهم اعتبروا الملح مايعا لانه يذوب فيكون اختلاط المايع بالمايع فيشتركان عندهما (فلو اتلفها الغاصب لايضمن) عند الامام (خلافا لهما) لما سيأتى فى دبغ الجلد (وان خللها بالقاء خل ملكها ولاشئ للمالك عند الامام) ولو بمرور الزمان لانه استهلك الخمر الغير المتقومة فى حق المسلم كما لو اراقها والخلط استهلاك عنده (وكذا) ملكها الغاصب ولاشئ للمالك (عند محمد ان تخللت من ساعتها) لانه استهلاك (والا) اى وان لم يتخلل من ساعتها بل بعد زمان (فالخل بينهما على قدر ملكهما) وفى التبيين وعندهما ان صارت خلا من ساعتها فكما قال الامام وان صارت بمرور الزمان كان الخل بينهما على قدر حقهما كيلا لانه لم يستهلك الخمر فيصير فى التقدير كانه خلط الخل بالخل والخلط ليس باستهلاك

عند محمد وان كان مايعا الا ان الجنس لايهلك بجنسه وقيل ظاهر الجواب فيها انه يقسم بينهما على قدر حقهما سواء صارت خلا من ساعتها او بعد حين اما عندهما فلا يشكل لان الخلط ليس باستهلاك وكذا عند الامام لان الخلط انما يوجب زوال الملك اذا كان يوجب الضمان وهنا قد تعذر وجوب الضمان لان خمر المسلم لايضمن بالاتلاف فصار كما اذا اختلط بنفسه من غير صنعه ولو استهلكه الغاصب في هذه الرواية ينبغي ان يجب عليه الضمان اجماعا كما في النهاية انتهى (وان غصب جلد ميتة فدبغه بما لاقيمة له) كالتراب والشمس اخذه المالك بلاشيء) اذ ليس فيه مال متقوم للغاصب وكانت الدباغة اظهارا للمالية والتقوم فصارت كغسل الثوب (فلو اتلفه الغاصب ضمن قيمته مدبوغا اتفاقا وقيل طاهرا غير مدبوغ لان وصف الدباغة هو الذي حصله فلا يضمنه وجه الاول وعليه الاكثرون ان صنعة الدباغة تابعة للجلد فلا تفرد عنه واذا صار الاصل مضمونا عليه فكذا صفته (وان دبغه) اى الغاصب الجلد المصبوغ (بماله قيمة) كالعفص والقرظ (يأخذه المالك ويرد مازاد الدبغ) لانه بهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم فيأخذ الجلد ويعطي مازاد الدباغ فيه وطريق معرفته ماذكره بقوله (بان يقوم مدبوغا وذكيا غير مدبوغ ويرد) المالك الى الغاصب (فضل مابينهما) كما في الثوب المصبوغ (وللغاصب ان يحبسه) اى الجلد (حتى يستوفي حقه) لان فعل الغاصب متقوم لاستعماله مالا متقوما فيه كحبس المبيع بالثمن والرهن بالدين والعبد الآبق بالجعل (وان اتلفه) اى الغاصب الجلد المدبوغ بماله قيمة (لايضمن) عند الامام لان تقوم الجلد المذكور قد حصل بمال الغاصب وصنعه فقام حقه فيه ولذا كان له ان يحبسه حتى يستوفي مازاده الدباغ لما مر ان صنعته متقومة لانفاقه فيه مالا متقوما فصار الجلد تابعا لهما في حق التقوم لانه لم يكن متقوما قبل الدباغة ثم الاصل وهو الصنعة او المال غير مضمونة عليه بالاتلاف فكذا التابع غير مضمون من غير صنعة وفي الباقاني على صد الصدر الشريعة في هذا المحل كلام لكن دفعه ابن الشيخ في شرح الوقاية فليراجع (وعندهما يضمنه مدبوغا الاقدر مازاد الدبغ) لانه استهلك مالا متقوما للمالك فعليه الضمان (ولو تلف لايضمن اتفاقا) لعدم صنعه (ومن كسر لمسلم بربطا او طبلا او مزمارا او دفا او اراق له) اى لمسلم (سكرا) بفتحتين اسم للنئ من ماء الرطب اذا غلا واشتد (او منصفا) هو ماذهب نصفه بالطبخ وغلا واشتد (ضمن قيمته صالحا لغير اللهو ففي البربط يضمن الخشب) الصالح للاستعمال وكذا الباقي وفي سكر ونحوه يضمن قيمته صالحا لكونه خلا وغيره (ويصح بيع هذه الاشياء) عند الامام لانها اموال

لصلاحيتها لما يحل به الانتفاع وان صلحت بما لا يحل فصار كالامة المغنية والحمامة الطيارة (وقالا لا يضمن ولا يجوز بيعها) لان هذه الاشياء اعدت للمعصية فيبطل تقومها وبقولهما قالت الائمة الثلاثة (وعليه الفتوى) لفساد الزمان فيما بين الناس حتى ذكر الصدر الشهيد ان البيت يهدم على من اعتاد الفسق وانواع الفساد وانه لا بأس بالهجوم على بيت المفسدين وباراقة العصير قبل ان يشتد على من اعتاد الفسق وقيل الاختلاف في الدف والطبل الذى يضرب للهو فاما طبل الغزاة او طبل الحاج او طبل الصيد او الدف الذى يباح ضربه في العرس او يلعب به الصبية في البيت فيضمن بالاتفاق بالاتلاف كما في شرح الكنز للعيني (ومن غصب مدبرة فماتت في يده) اى الغاصب (ضمن) الغاصب (قيمتها) بالاتفاق لتقومها وكذا الحكم لو غصب مدبرا فلا فائدة في التخصيص سوى التوطئة والمناسبة لقوله (ولو غصب ام ولد فماتت في يده (فلا ضمان) عليه عند الامام لعدم تقومها عنده (خلافا لهما) فان عندهما يضمن قيمتها لتقومها عندهما وبقولهما قالت الائمة الثلاثة (ولو شق الزق لاراقة الخمر) التى فيه (لا يضمنه عند ابى يوسف) لانه لا يتيسر الاراقة الا بالشق فيكون مأذونا فيه (خلافا لمحمد) هو يقول ان الاراقة ممكنة بدون الشق فيضمن الزق لانه مال متقوم (ولا ضمان على من حل قيد عبد غيره او) حل (رباط دابته) اى دابة غيره (او فتح اصطبلها) اى اصطبل دابة الغير (او) فتح (قفص طير) غيره (فذهب) العبد او الدابة او الطير عقيب ذلك الفعل هذا عند الشيخين لانه تخلل بين فعله والتلف فعل فاعل مختار وهو ذهاب العبد والدابة وطيران الطيور واختيارهم صحيح وتركهم منهم متصور والاختيار لا ينعدم بانعدام العقل فيضاف التلف الى المباشر دون التسبيب كما في الاختيار (خلافا لمحمد في الدابة والطير) لانه فرق بين ذى العقل وغيره ذكره هذا الخلاف صدر الشريعة والمفهوم من الشمني وغيره ان الخلاف في الطير لانه قال وعن محمد يضمن في الطائر سواء طار من فوره او مكث ساعة ثم طار لان الطائر مجبول على النفار وقيدنا بالذهاب عقيب الفتح لانه لو مكث ساعة ثم ذهب لا يضمن عندنا وعند الشافعى خلافا لمحمد في رواية وفي الاختيار ذهبت دابة رجل ليلا او نهارا بغير ارسال صاحبها فافسدت زرع رجل لا ضمان عليها لانها ذهبت باختيارها وفعلها هدر وان ارسلها ضمن رجل وجد في زرعه او داره دابة فاخرجها فهلكت او اكلها الذئب لم يضمن لان له ولاية الاخراج وان ساقها بعد الاخراج ضمن (ولا) ضمان (على من سعى الى سلطان بمن يوذيه ولا يندفع) عنه (الا بالسعى)

والرفع اليه لان دفع الايذاء عن نفسه حقه فلا يلزم الضمان لما اخذه السلطان اما لو كان دفع الايذاء ممكنا بلا سعاية فسعى اليه فيلزم الضمان (او) لاضمان للساعى (بمن يفسق ولا يمتنع بنهيه) اى الساعى لوجوب دفع المنكرات بما امكن (ولا) ضمان (على من قال للسلطان الذى قد يغرم وقد لايغرم ان فلانا وجد مالا) هذه الجملة مقول قول (فغرمه شيئا) لايضمن الساعى لانتفاء التسبيب فى هذه الصور بتوسط فعل فاعل مختار (وان كان عادته) اى عادة السلطان (ان يغرم البتة ضمن) الساعى لوجود التسبيب (وكذا) ضمن الساعى (لو سعى بغير حق عند محمد زجرا له و به) اى بقول محمد (يفتى) لكثرة السعاة فى زماننا وعند الشيخين لايضمن الساعى لما مر وفى التنوير ولو مات الساعى للسعى به ان يأخذ قدر الخسران من تركته (ولو اطعم الغاصب المغصوب مالكه برئ وان) وصلية (لم يعلمه) اى وان لم يعلم الغاصب المالك انه طعامه لانه عين ماله وصل اليه فلايضمنه ثانيا وكذا فيما اذا البس الثوب المغصوب مالكه خلافا للشافعى وفى الغرر امر شخص عبد غيره بالاباق او قال اقتل نفسك ففعل وجب على الآمر قيمته ولو قال له اتلف مال مولاك فاتلف لايضمن استعمل عبد الغير لنفسه وان لم يعلم انه عبد اوقال ذلك العبد انى حر ضمن قيمته ان هلك ولو استعمله لغيره لايضمن

كتاب الشفعة

تناسب الكتابين من حيث ان كلا منهما يفضى الى تملك مال الانسان بغير رضاء الا ان الغصب يصلح شيئا لتملك مال والشفعة لاتجرى الا فى العقار فلذلك قدم الغصب مع كونه عدوانا (هى) اى الشفعة لغة فعلة بالضم بمعنى مفعول من قولهم كان هذا الشئ وترا فشفعته بآخر اى جعلته زوجا له فهى فى الاصل اسم للملك المشفوع بملك لم يسمع منها فعل ومن لغة الفقهاء باع الشفيع الدار التى يشفع بها اى تؤخذ بالشفعة كما فى القهستانى ومنه شفاعة النبى صلى الله تعالى عليه وسلم للمذنبين لانه يضمهم بها الى الفائزين وفى الشرع (تملك العقار) وهو الضيعة وقيل ماله اصل من دار وضيعة وما فى حكمه كالعلو دون المنقول كالشجر والبناء فانه من منقول لم تجب الشفعة فيه الا بتبعية العقار كالدار والكرم والرحى والبئر وغيرها (على مشتريه بما) اى بالذى اى بالثمن الذى (قام عليه) اى على المشترى (جبرا) اى من حيث الجبر ومعناه اللغوى وهو موجود فيه مع زيادة او صاف كالتملك وعلى وجه الجبر وقيل هى ضم بقعة مشتراة الى عقار الشفيع بسبب الشركة او الجوار وهذا احسن كما فى شرح الكنز للعينى

وسببها اتصال ملك الشفيع بالمشترى لانها تجب لدفع ضرر الدخيل عنه على الدوام بسبب سوء المعاشرة والمعاملة من حيث اعلاء الجدار وايقاد النار ومنع ضوء النهار واثارة الغبار وايقاف الدواب لاسيما اذا كان يضاده كما قيل اضيق السجون معاشرة الاضداد وشرطها ان يكون المحل عقارا سفلا كان اوعلوا احتمل القسمة اولا وان يكون العقد عقد معاوضة مال بمال وركنها اخذ الشفيع من احد المتعاقدين عند وجود سببها مع شرطها وحكمها جواز الطلب عند تحقق السبب وصفتها ان الاخذ بها بمنزلة شراء مبتدأ حتى يثبت بها مايثبت بالشراء نحو الرد بخيار الرؤية والعيب (وتجب) اى تثبت ولاية الشفعة (بعد البيع) الصحيح اوفاسد انقطع فيه حق المالك (وتستقر بالاشهاد والطلب فى الحال) حتى لو اخر ساعة قبل الاستقرار تبطل شفعته لان حقها ضعيف متزلزل فلا بد من الطلب والاشهاد فى الحال فاذا اشهد استقر فبعد ذلك لاتبطل بالتأخير (وتملك بالاخذ بقضاء اورضاء) والصواب ان يقول وتملك بالقضاء او الاخذ بالرضاء كما فى الغرر لان القاضى اذا حكم يثبت الملك للشفيع من غير اخذ وحاصله انه يملك العقار المشفوع باحد الامرين اما بالاخذ اذا سلمها المشترى برضاه او بحكم الحاكم من غير اخذ كما فى اكثر المعتبرات تأمل (وانما تجب) اى تثبت الشفعة (للخليط) وهو الشريك الذى لم يقاسم (فى نفس المبيع) وهذا بالاجماع (فان لم يكن) اى وان لم يوجد الخليط فى نفس المبيع (او) وجد ولكن (سلم) الشفعة (فللخليط فى حق المبيع كالشرب) بكسر الشين وهو الشريك الذى لم يخالط (والطريق الخاصين) ثم فسر ذلك بقوله (كنهر لاتجرى فيه السفن) اى اصغر السفن مثال للشرب الخاص (وطريق لاينفذ) مثال للطريق الخاص حتى اذا كانا عامين لم يستحق بهما الشفعة فالنهر العام عند الطرفين ما تجرى فيه السفن كدجلة وفرات وذكر شيخ الاسلام اختلفوا فيه فقيل الخاص مايتفرق ماؤه بين الشركاء ولا يبقى اذا انتهى الى آخر الاراضى ولا يكون له منفذ والعام مايتفرق ويبقى وله منفذ وعامة المشايخ على انه ما كان شركاؤه لايحصون واختلفوا فيما لايحصى من خمسمائة اومائة اواربعين اوعشرة وعن ابى يوسف الخاص ان يكون نهر ايسقى منه قراحان اوثلثة ومازاد على ذلك فهو عام والاصح انه مفوض الى رأى كل مجتهد فى زمانه وهو اشبه الاقاويل (ثم) تثبت بعد الطريق (للجار الملاصق) اى لجار له عقار واحترز به عما يكون وقفا اواجارة اووديعة لانها لا يثبت فيها لما فى التجريد لاشفعة فى الوقف ولا بجواره (ولو بابه فى سكة اخرى) والظاهر ان لو وصلية لكن الاولى ان يقول لوكان

بابه في سكة اخرى بدون الواو لانه ان كان بابه في تلك السكة كان خليطا في حق المبيع فلا يكون جارا ملاصقا فلهذا قال صاحب الهداية وغيره في تفسير الجار الملاصق هو الذى داره على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة اخرى وقال الشافعي لاشفعة بالجوار بل بالشركة في البقعة لقوله عليه السلام الشفعة فيما لا يقسم وبه قال مالك واحمد ولنا قوله عليه السلام جار الدار احق بالدار من غيره فلا تثبت للجار المقابل اذا كانت السكة نافذة اما اذا كانت غير نافذة فتثبت (ومن) مبتدأ (له جذوع على حائطها) اى حائط الدار (او) من له (شركة في خشبة عليه) اى على الحائط (جار) خبر المبتدأ لان الجار بهذا المقدار لا يكون خليطا في حق المبيع ولا يخرج عن كونه جارا ملاصقا (وان) كان شريكا (في نفس الجدار فشريك) يقدم على الخليط لكن في التبيين وغيره واذا كان بعض الجيران شريكا في الجدار لا يقدم على غيره من الجيران لان الشركة في البناء المجرد بدون الارض لا يستحق بها الشفعة ولو كان البناء والمكان الذى عليه البناء مشتركا بينهما كان هو اولى من غيره من الجيران انتهى فيلزم التوفيق بينه وبين ما في المتن بان مراد المص بالبناء المكان الذى عليه البناء لا البناء المجرد تدبر (وهى) اى الشفعة (على عدد الرؤس) اى رؤس الشفعاء (لا السهام) اى سهام ملكهم لان علة الاستحقاق اتصال الملك لا قدره والترجيح لقوة العلة لا للكثرة ولذا قسم على التنصيف ما باع شريك لصاحب نصف وثلث وسدس وجار له جار ان احدهما من ثلثة جوانب وثانيهما من جانب خلافا للشافعي اذ عنده يقضى بقدر الاملاك لا بقدر الرؤس لان الشفعة من مرافق الملك فيكون على قدر الملك وفي التنوير لو اسقط بعضهم حقه من الشفعة بعد القضاء ليس لمن بقي اخذ نصيب التارك ولو كان بعضهم غائبا يقضى بالشفعة بين الحاضرين في الجميع وكذا لو كان الشريك غائبا فطلب الحاضر يقضى له بالشفعة ثم اذا حضر وطلب قضى له بها اسقط الشفيع الشفعة قبل الشراء لم يصح اراد الشفيع اخذ البعض وترك الباقي لم يملك ذلك جبرا على المشترى ولو جعل بعض الشفعاء نصيبه لبعض لم يصح وسقط حقه به (فاذا علم الشفيع البيع) اى العقار المشفوع (يشهد) من الافعال (في مجلس علمه) اى الشفيع على (انه يطلبها) سواء علم بسمع البيع من البايع او المشترى او يسمع الكلام في حق البيع او باخبار شخص بان فلانا باع داره بلفظ يفهم طلبها كطلبت الشفعة او انا طالب لها او اطلبها لان الاعتبار للمعنى والمعتبر الطلب دون الاشهاد وانما الاشهاد للاثبات حتى لو صدقه المشترى على الطلب لا يحتاج الى الشهود ثم اعتبار المجلس اختيار الكرخي وبعض مشايخ بخارى للتأمل

وفى رواية الاصل يشترط على فور علمه بالبيع حتى لو سكت ساعة تبطل واليه ذهب مشايخ بلخ وعامة مشايخ بخارى وعليه الفتوى كما فى المنح وقيل تبطل ان سكت ادنى سكوت حتى لو اخبر بكتاب والشفعة فى اوله او وسطه فقرأ الكتاب الى آخره بطلت شفعته اذا كان ذلك بعد العلم بالمشترى وبالثمن (ويسمى) اى الطلب فى المجلس (طلب مواثبة) اى مسارعة من الوثوب سمى به ليدل على غاية التعجيل (ثم يشهد عند العقار) لانه محل الشفعة (او) يشهد (على المشترى) ولو غير ذى يد بان يقول له اطلب منك الشفعة فى دار اشتريتها من فلان حدودها كذا وانا شفيعها بالشركة فى الدار او الطريق او بالجوار اوبدار حدودها كذا فسلمها الى فلا بد ان يبين حدود الدارين مع كل واحدة من مراتب الثبوت كما فى الخانية لكن فى الكافى وغيره ان تبين هذه الامور ليس مما لابد منه وفيه اشارة الى ان له الاشهاد عند ابعد هؤلاء مع الاقرب على ما قال بعض المشايخ وذهب الآخرون الى انه انما يشهد عند الاقرب كما فى القهستانى (او على البايع ان كان المبيع فى يده) فلا يصح الاشهاد عند بايع ليس بذى يد على ما ذكره القدورى واختاره الصدر الشهيد وذكر شيخ الاسلام وغيره ان الاشهاد يصح عنده استحسانا وانما ذكر كلمة ثم اشارة الى ان مدة هذا الطلب لم يكن على فور المجلس فى الاكثر بل مقدرة بمدة التمكن من الاشهاد كما فى النهاية وغيره حتى لو تمكن ولم يطلب بطلت شفعته (فيقول اشترى فلان هذه الدار وقد كنت طلبت الشفعة) قبل طلب المواثبة (وانا اطلبها الآن فاشهدوا على ذلك ويسمى) هذا الطلب (طلب تقرير واشهاد) ولا بد منه لانه يحتاج اليه لاثباته عند القاضى ولا يمكنه الاشهاد على طلب المواثبة ظاهرا لانه على الفور فيحتاج بعد ذلك الى الاشهاد للتقرير (ثم يطلب عند قاض فيقول اشترى فلان دارا كذا وانا شفيعها بسبب كذا) قيل هذا ظاهر فى الشفيع فى الجوار لا فى الشفيع فى نفس المبيع (فمره) ايها القاضى (بالتسليم الى) حتى بالرد او بترك الدخل بينه وبينى فالتسليم على هذا المعنى لا يقتضى القبض بل يوجد قبل القبض وبعده فلا يرد ماقيل من انه هذا اذا قبض المشترى المبيع وطلب الخصومة لا يتوقف عليه انتهى (ويسمى) هذا الطلب (طلب خصومة وتمليك) فلا بد منه ايضا لانه لا يحكم له بدون طلبه (ولا تبطل الشفعة بتأخيره) اى بتأخير طلب الاخذ (مطلقا) بعد ما استقرت شفعته بالاشهاد عند الشيخين (فى ظاهر المذهب وعليه) اى على قول الامام (الفتوى) لان الحق قد ثبت بالطلب فلا يبطل بالتأخير كسائر الحقوق ولو كان التأخير بعذر من مرض اوسفر او حبس او عدم قاض يرى الشفعة بالجوار فى بلده لا يسقط بالاجماع

وان طالت المدة وعن ابي يوسف ان اخره الى مجلس حكم يبطل لتركه عند امكان الاخذ وفي رواية الى ثلثة ايام (وقيل يفتى بقول محمد) وزفر رواية عن ابي يوسف (انه) اى الشفيع (ان اخره) اى طلب الخصومة (شهرا بلا عذر بطلت) الشفعة لانه قال الفتوى اليوم على انه اذا اخر شهرا سقطت الشفعة لتغير احوال الناس في قصد الاضرار بالغير وفي المحيط والخلاصة ومنية المفتي ومختارات النوازل والفتوى على قول محمد (واذا ادعى) الشفيع (الشراء وطلب الشفعة سأل القاضي المدعى عليه) وهو المشترى عن الدار التي يشفع بها الشفيع هل هى ملك للشفيع اولا (فان اقر) المشترى (بملك مايشفع به او) انكر فحلف و(نكل عن الحلف على العلم بملكيته) بان يحلف بالله ما اعلم انه مالك لما يشفع به (او) انكر و (برهن الشفيع) اى اقام بينة انها ملكه (سأله) اى القاضي المشترى (عن الشراء) فيقول له اشتريت ام لا (فان اقر) المشترى (به) اى بالشراء (او) انكر فحلف و (نكل عن اليمين انه ما ابتاع اوما استحق) الشفيع (عليه هذه الشفعة او برهن الشفيع) يعني ان ثبوت الشفعة ان كان متفقا عليه يحلف على الحاصل بالله ما استحق هذا الشفيع الشفعة على فان كان مختلفا فيه كشفعة الجور يحلف على السبب بالله ما اشتريت هذه الدار لانه ربما يحلف على الحاصل بمذهب الشافعي كما في شروح الكنز وفي التنوير من لم ير الشفعة بالجوار كالشافعي طلبها عند حاكم يراه (قضى) اى القاضي (له) اى للشفيع (بها) اى بالشفعة لثبوته عنده قال العيني والواجب في هذا ان يسأل القاضي اولا عن المدعى عن موضع الدار من مصر ومحلة وحدودها لانه ادعى حقا فلا بد ان تكون معلومة فاذا بين ذلك سأل هل قبض المشترى الدار ام لا لانه اذا لم يقبضها لا تصح دعواه على المشترى حتى يحضر البايع فاذا بين ذلك سأله عن طلب التقرير كيف كان وعند من اشهد فاذا بين ذلك كله تمت دعواه ثم اقبل على المدعى عليه فسأله كما في المتن (ولا يشترط احضار الثمن وقت الدعوى) في ظاهر الرواية فتجوز له المنازعة وان لم يحضره الى مجلس القاضي لان لزوم الثمن على الشفيع بعد القضاء لا قبله وعن محمد وهو رواية الحسن عن الامام انه لا يقضي حتى يحضر الثمن لاحتمال ان يكون الشفيع ملفسا فتوى المال على المشترى (فاذا قضى له لزم احضاره) اى الثمن لتحقق سبب اللزوم (وللمشترى حبس الدار لقبضه) اى للمشترى حبس الدار لقبض ثمنه فلو لم ينقده حبس القاضي الشفيع بالاباء لان الشفيع والمشترى نزلا منزلة البايع والمشترى (ولا تبطل شفعته بتأخير الثمن بعد ما امر القاضي) (بادائه) اجماعا لتأكد الشفعة بالقضاء (وللشفيع ان يخاصم

البايع ان كان المبيع في يده) لان له يدا محقة اصالة فكان خصما كالمالك (و) لكن (لايسمع القاضي البينة) اي بينة الشفيع (عليه) اي البايع بغيبة المشتري (حتى يحضر المشتري) لانه المالك (فيفسخ البيع بحضرته) اي المشتري عند حضور البايع لان احدهما صاحب يد والآخر ملكا (ويقضي بالشفعة على البايع ويجعل عليه) اي على البايع (العهدة) اي يجعل مايترتب على البيع من الاحكام على البايع قبل تسليم المبيع الى المشتري والعهدة على المشتري لوكان ذلك بعده لان البايع يصير اجنبيا كما في اكثر المعتبرات فعلى هذا ان المص اطلق في محل التقييد وقال الشافعي العهدة على المشتري مطلقا (والوكيل بالشراء خصم للشفيع) لانه العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد ولهذا لو كان البايع وكيلا كان للشفيع ان يخاصمه ويأخذها منه بحضرة المشتري (مالم يسلم الى الموكل) فاذا سلمها الى الموكل لايبقى له يد ولا ملك فلايكون خصما بعده (وللشفيع خيار الرؤية والعيب وان) وصلية (شرط المشتري البراءة منه) اي من العيب بالاجماع لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء فيثبت فيها الخيار ولايسقط برؤية المشتري وبشرط براءته لان الشفيع ليس بنائب عنه فلايسقط حقه باسقاط المشتري

فصل

(وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول للمشتري) مع اليمين لان الشفيع يدعي عليه حق الاخذ عند نقد الاقل والمشتري ينكره فالقول للمنكر ولايتحالفان (ولو برهنا) اي لو اقام كل منهما البينة على دعواه (فللشفيع) اي بينة الشفيع احق بالتقديم عند الطرفين لكونه مدعيا ولانه يمكن صدق البينتين بجريان العقد مرتين فيجعلان موجودين فالشفيع يأخذ بايهما شاء (وعند ابي يوسف للمشتري) اي بينة المشتري احق لانها تثبت الزيادة وهو قول الشافعي واحمد (وان ادعى المشتري ثمنا و) ادعى (البايع) ثمنا (اقل منه) اي من ذلك الثمن (اخذه) اي الشفيع العقار (بما قال البايع قبل قبض الثمن) سواء قبض المشتري العقار اولا لان هذا القول من البايع حط بعض الثمن عن المشتري والحط عنه حط عن الشفيع (وبما قال المشتري بعده) اي اخذ الشفيع بقول المشتري بعد قبض البايع الثمن لانه حينئذ كالاجنبي وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع فالقول للمشتري ولو كان قبض الثمن غير ظاهر فقال البايع بعت الدار بالف وقبضت الثمن اخذها الشفيع بالف لانه بين الثمن في حال له ولاية البيان فيه فقبل بيانه وان قال قبضت الثمن وهو الف اخذها بقول المشتري لانه لما اقر

باستيفاء الثمن اولا صار اجنبيا فلايعتبر قوله فى مقدار الثمن وعند الائمة الثلاثة يأخذها بقول المشترى فيهما (وان عكسا) اى ادعى البايع ثمنا والمشترى اقل منه (فبعد القبض يعتبر قول المشترى) اى لوكان بعد قبض البايع الثمن (اخذها) الشفيع (بما قال المشترى وقبله) اى قبل القبض (يتحالفان) و يترادان البيع (واى) من البايع والمشترى (نكل) عن اليمين (اعتبر قول صاحبه) فيأخذها الشفيع بذلك لان النكول بمنزلة الاقرار بما يدعيه الآخر (وان حلفا فسخ البيع) اى فسخ القاضى العقد بينهما (و يأخذه) اى العقار (الشفيع بما قال البايع) لان فسخ البيع لايوجب بطلان حق الشفيع كما لو رد عليه بعيب بقضاء قاض كما فى اكثر المعتبرات (وان حط) البايع (عن المشترى بعض الثمن يأخذه) اى العقار (الشفيع بالباقى) من الثمن سواء كان قبل قبضه او بعده لما مر ان الحط عن المشترى حط عن الشفيع اى الحط يلحق باصل العقد خلافا لزفر والائمة الثلثة فان عندهم لا اثر للحط بل عليه الثمن المسمى (وان حط) البايع عن المشترى (الكل) اى كل الثمن (يأخذ) الشفيع (بالكل) اى بكل الثمن بالاجماع لانه يصير بيعا بلا ثمن وانه بط لكن فى شرح الهداية للدهلوى كلام فليطالع (وان حط) البايع عن المشترى (النصف) اى نصف الثمن (ثم) حط (النصف) الآخر (يأخذ) الشفيع (بالنصف الاخير) لانه لما حط النصف التحق باصل العقد فوجب عليه النصف فلما حط النصف الآخر كان حطا للجميع فلا يسقط عن الشفيع (وان زاد المشترى فى الثمن) بعد عقد البيع (لاتلزم الشفيع الزيادة) اى احذه بالثمن الاول بالاجماع لانه حق الشفيع فتكليف الزيادة ابطال لانهما من ذوات الامثال (وان) كان الثمن (قيميا فقيمته) اى يأخذ المبيع بالقيمة فى شراء دار بثوب اوفرس لانهما من ذوات حقه (واذا كان الثمن مثليا لزم الشفيع مثله) اى يأخذ الشفيع المبيع بمثل الثمن فى شراء العقار بمكيل اوموزون بالقيم فيأخذ كل واحد بقيمة الآخر فى شراء عقار بعقار لتحقق البدلية بينهما ولكونه من ذوات القيم (وان كان) الثمن (مؤجلا) باجل معلوم لانه ان كان مجهولا فالبيع فاسد (اخذ بثمن حال او يطلب) الشفيع شفعته (فى الحال) لان تركه بعد ثبوت حقه دليل الاعراض وفى الهداية فللشفيع الخيار ان شاء اخذها بثمن حال وان شاء صبر حتى يقضى الاجل (و يأخذ) الشفيع العقار (بعد مضى الاجل) لكون الثمن مؤجلا وقال زفر ومالك واحد والشافعى فى التقديم له ان يأخذها فى الحال بالثمن المؤجل لان الشراء وقع به ولنا ان الاصل فى الثمن ان يكون حالا وانما يؤجل بالشرط ولاشرط فى حق الشفيع (ولايتعجل ماعلى

المشتري لو اخذ الشفيع بالحال) لان الاجل ثبت له بالشرط فلا يبطل باخذ الشفيع بثمن حال كما لا يبطل ببيعه المشتري بثمن حال وان اختار الانتظار كان له ذلك لان له ان لا يلزم الضرر الزائد كما في التبيين (ولو سكت عن الطلب ليحل الاجل بطلت شفعته) عند الطرفين (خلافا لابي يوسف) فان عنده لا تبطل بالتأخير الى حلول الاجل لان الطلب ليس بمقصود لذاته بل للاخذ وهو لا يتمكن منه في الحال بثمن مؤجل فلا فائدة في طلبه في الحال ولهما ان حقه قد ثبت ولهذا له ان يأخذ بثمن حال والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه يبطل الشفعة (ولو اشترى ذمي بخمر او خنزير يأخذه الشفيع الذمي بمثل الخمر وقيمة الخنزير) لان هذا البيع مقضي بالصحة فيما بينهم وحق الشفعة يعم المسلم والذمي والخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة فيأخذ الاول بالمثل والثاني بالقيمة ولو اسلم الذمي صار حكمه حكم المسلم من الابتداء فيأخذها بالقيمة (و) يأخذه الشفيع (المسلم بالقيمة فيهما) اما الخنزير فمن ذوات القيم واما الخمر فلان المسلم عاجز عن تسليمها فالتحق بغير المثلي ثم ان طريق معرفة قيمة الخمر والخنزير بالرجوع الى ذمي اسلم او فاسق تاب وفيما في الفرائد من انه بقي صورة وهي انه لو اشترى ذمي بخنزير وكان شفيعها مسلما وذميا لم يبينوا حكمها كلام لانه بين آنفا ان المسلم يأخذ بالقيمة وكذا يأخذ الذمي بالقيمة لان الخنزير من ذوات القيم فلا وجه على قاله تأمل (ولو بنى المشتري) على الارض المشفوعة (او غرس) فيها فحكم بالشفعة (اخذها الشفيع بالثمن وبقيمتهما) اي البناء والغرس (مقلوعين) والمراد بقيمتهما مقلوعين قيمتهما مستحق القلع (كما في الغصب او كلف المشتري قلعهما) اي البناء والغرس ويأخذ الارض فارغة بكل الثمن بدونهما وعن ابي يوسف لا يكلفه بالقلع بل يكون بالخيار بين ان يأخذها بالثمن وبقيمة البناء والغرس وبين ان يترك لان المشتري محق في البناء وليس بمتعد ولنا انه بنى في محل ظهر تعلق حق متأكد للغير هو الشفيع من غير تسليط فيأمر الشفيع بالنقض كالغاصب اذا بنى لان حق الشفيع اقوى من حق المشتري لتقدم حق الشفيع عليه ولذا ينقض الشفيع بيع المشتري وهبته وجعله مسجدا ومقبرة وجعل تصرفه كالتصرف في ملك الشفيع في حق النقض وله ان ينقض المسجد وينبش الموتى كما في القهستاني (ولو استحقت) الارض (بعد ما بنى الشفيع او غرس رجع) الشفيع (على المشتري بالثمن فقط) يعني لا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البايع ان اخذها منه ولا على المشتري ان اخذها منه معناه لا يرجع بما نقص بالقلع وعن ابي يوسف انه يرجع به لانه متملك عليه وكان

كالمشترى وجه الظاهر وهو الفرق بينه و بين المشترى ان المشترى مغرور من جهة البايع ومسلط عليه من جهته ولاغرور ولاتسليط للشفيع من جهة المشترى لان الشفيع اخذها منه جبرا (وان جف التجر) بآفة سماوية (او انهدم البناء) عند المشترى بعد شراء المشترى بغير صنع احد ولم يبق شئ من نقض او خشب فاما اذا بقى به شئ من ذلك فلابد من سقوط بعض الثمن فيقسم الثمن على قيمة الدار يوم العقد وعلى قيمة النقض يوم الاخذ (يأخذها الشفيع بكل الثمن ان شاء) ولايسقط من الثمن شئ لانهما تابعان للارض حتى يدخلان فى البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شئ من الثمن بخلاف مااذا تلف بعض الارض بغرق حيث يسقط من الثمن بحصته (وان هدم المشترى البناء اخذ الشفيع العرصة بحصتها) من الثمن ان شاء وان شاء ترك لان المشترى قصد الاتلاف فيلزم الخيار المذكور ونقض الاجنبى كنقض المشترى (وليس له) اى للشفيع (اخذ النقض) بل هو للمشترى لكونه مفصولا ومنقولا (واذا شرى المشترى الارض مع شجر مثمر) بان شرطه فى البيع (او غير مثمر فاثمر فى يده) اى المشترى بعد الشراء (اخذها الشفيع مع الثمر فيهما) لانه بالاتصال خلقة صار تبعا من وجه وهو الاستحسان والقياس ان لايكون له اخذ الثمر لعدم التبعية كالمتاع الموضوع فيها (فان جذه) اى قطع الثمر واجتناه المشترى فليس للشفيع اخذه لانه لم يبق تبعا للعقار وقت الاخذ حيث صار مفصولا عنه فلا يأخذه (و يأخذ ماسواه) اى ماسوى الثمر (بالحصة فى الاول) وهو مااذا اشتراها بثمرها فيسقط من الثمن حصة الثمر لانه دخل فى البيع مقصودا فيقابله شئ من الثمن (و بكل الثمن فى الثانى) اى فيما اثمر فى يد المشترى اى يأخذ الارض والنخل بجميع الثمن لان الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يدخل عند الاخذ فى المبيع الاتبعا فلا يقابله شئ من الثمن وفى التنوير قضى للشفعة للشفيع ليس له تركها الطلب فى بيع فاسد وقت انقطاع حق البايع اتفاقا

باب ماتجب فيه الشفعة ومالاتجب ومايبطلها

اى الشفعة ذكر تفصيلها بعد ذكر الوجوب مجملا لان التفصيل بعد الاجمال (انما تجب) اى تثبت الشفعة (قصدا فى عقار) انما قال قصدا لانها تثبت فى غير العقار بتبعية العقار كالثمر والشجر كما فى الدرر وقوله (ملك) على صيغة المجهول صفة عقار واحترز بقوله (بعوض) عما اذا ملك بالهبة فالشفعة لاتجب فيها و بقوله (هو مال) عما اذا ملك بعوض غير مال كالمهر ونحوه فان الشفعة لاتجب كما سيأتى (وان) وصلية (لم يمكن قسمته كرحى وحمام و بئر

وبيت صغير لاينتفع اذا قسم عندنا الدفع ضرر الجوار خلافا للشافعي اذعنده لاشفعة فيما لايقسم لان وجوب الشفعة لدفع مؤنة القسمة فلايستحق الا فيما يقسم (ولاتجب) الشفعة (في عرض وفلك) لانهما ليسا بعقار قال النبي عليه السلام لاشفعة الافي ربع اوحائط خلا فالمالك في السفينة (وبناء وشجر بيعا) صفة بناء وشجر (بدون الارض) لانهما منقولان وان بيعا مع الارض تجب فيهما الشفعة تبعا للارض (ولا) تجب (في ارث وصدقة) لان تمليكهما ليس بمقابلة مال (وهبة بلاعوض مشروط) في العقد حتى لوعوض دارا اخرى لاتجب الشفعة ايضا فيها لان هذا التعويض تبرع لاعوض حقيقة عن الهبة وفيه اشارة الى انه اذاشرط العوض تجب لانها بيع انتهاء كما في الهبة واما اذا وهب له هبة ثم عوض عنها بغير شرط لاتجب عندنا خلافا لمالك (ومابيع) اى لاتثبت الشفعة في عقار بيع (بخيار البايع) لانه يمنع زوال المالك عن البايع (او) بيع العقار (بيعا فاسدا) يعني اذا اشترى عقارا اشراء فاسدا فلا شفعة فيها اماقبل القبض فلبقاء ملك البايع فيها واما بعده فلاحتمال الفسخ لان لكل واحد من المتبايعين سبيلا من فسخه (مالم يسقط حق الفسخ) فان سقط حق الفسخ في البيع بخيار البايع بان اسقط الخيار اوبنى المشترى فيها في البيع الفاسد تجب الشفعة لزوال المانع وان اشترى بشرط الخيار فللشفيع الشفعة بالاجماع (ولا) تثبت الشفعة في عقار (فيما قسم بين الشركاء) لان في القسمة معنى الافراز ولم تشرع الافي المبادلة المطلقة (او) لاتجب في عقار (جعل اجرة) بان استأجر حماما بدار يد فعها اليه عوض الاجرة (او بدل خلع) بان خالعها على دار د فعها اليها (او) بدل (عتق) بان اعتق عبده على دار فلان فقبل العبد (او) بدل (صلح عن دم عمد او) جعل (مهر) لانها ليست باموال ولامثل لها حتى يأخذه الشفيع به هذا عندنا لان تقوم المنافع في الاجارة لضرورة الحاجة وكذا تقوم الدم لضرورة الصيانة عن الهدر ومايثبت بالضرورة لايتعدى عن موضعها فلايكون متقومة في حق الشفعة واما الاعتاق فهو ازالة ماليه فيكيف يقوم المال وعند الائمة الثلثة تجب فيها بناء على ان الاعواض متقومة (وان) وصليه (قوبل ببعضه) اى ببعض ماجعل بدلا بهذه الاشياء (مال) عند الامام لان معنى البيع فيه تابع فلاشفعة في التبع كما لاشفعة في الاصل (وعندهما تجب) الشفعة (في حصة المال) حيث كان فيها مبادلة مال بمال (ولا) تثبت (فيما صولح عنه) اى عن العقار (بانكار اوسكوت) لانه اذا صالح عنها بانكار بقى الدار في يده فهو يزعم انها لم تزل عن ملكه وكذا اذا صالح عنها بسكوت لانه يحتمل انه بذل المال افتداء

ليمينه وقطعا لشغب خصمه كما اذا انكر صريحا بخلاف ماذا صالح عنها بالاقرار لانه معترف بالملك للمدعى كما فى الهداية (ويجب فيما صولح عليه) اى العقار (باحد هما) وفى الهداية اذا صالح على الدار باقرار اوسكوت او انكار وجبت الشفعة فى جميع ذلك لان المدعى اخذها عوضا عن حقه فى زعمه اذالم يكن من جنس المدعى فيعامل بزعمه انتهى فعلى هذا ان تقييد المص بالانكار والسكوت مما لا ينبغي تدبر (ولا) تجب شفعته (فيما سلمت شفعته ثم رد بخيار رؤية اوشرط اوبخيار عيب بقضاء) لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه والشفعة فى البيع لافى الفسخ قوله بقضاء قيد للرد بعيب سواء كان الرد بعد القبض اوقبله (وماردبه) اى بعيب (بلاقضاء او بالاقالة تجب) الشفعة (فيه) لانه فسخ فى حقهما لولايتهما على انفسهما وقد قصدا والفسخ بيع جديد فى حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالتراضى والشفيع ثالث ومراده بالعيب بعد القبض لان قبله فسخ من الاصل وان كان بغير قضاء كما فى الهداية وفى التبيين كلام وفى التسهيل جواب فليطالع ان شئت وقال زفر لاتجب لان العقد قد انفسخ بالرد بالعيب والاقالة وهو قول الشافعى واحد (وتجب) الشفعة (فى العلو وحده و) تجب (فى السفل بسببه) اى بسبب العلو هذا اذالم يكن طريق العلو فيه لانه بماله من حق القرار التحق بالعقار اما اذا كان طريق العلو فى السفل فح تثبت الشفعة بالطريق لامن حق القرار لان شركة الطريق اقوى من حق القرار (و) تجب الشفعة (فيما بيع بخيار المشترى) لان الخيار لايمنع زوال الملك عن البايع بالاتفاق والشفعة تبنى عليه كما فى الهداية (وان بيعت دار بجنب المبيعة بالخيار فالشفعة لمن له الخيار بايعا اومشتريا) اما البايع فلان الملك فى الدار عند هذا البيع للبايع فاذا اخذها بالشفعة فهذا نقض منه للبيع واما المشترى فلان البيع دخل فى ملكه عندهما لانه يصير بالاخذ مختارا للبيع فيصير اجازة فيلزم ويملك به المبيع وكذا عنده لانه صار احق بالمبيع من غيره وذلك يكفى لاستحقاق الشفعة كالمأذون او المكاتب اذا بيعت دار بجنب دارهما وعن هذا قال (وتكون) الشفعة (اجازة) واسقاطا للخيار (من المشترى) فى حق مبيعه لوجود دليل الرضاء بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها حيث لايبطل خياره باخذ ما بيع بجنبها بالشفعة لان خيار الرؤية لايبطل بصريح الابطال فكيف بدلالته كما فى الهداية (ولشفيع) الدار (الاولى اخذها) اى اخذ الاولى (منه) يعنى اذا حضر شفيع الدار الاولى وهى التى اشتراها المشترى كان له ان يأخذها بالشفعة لانه هو اولى بها من المشترى لما عرف ان الشفيع اولى من المشترى (لا اخذ الثانية) وهى

التي اخذها المشترى بطريق الشفعة لانعدام ملكه فى الاولى حين بيعت الثانية هذا اذا لم تكن متصلة بملكه وان كانت متصلة كان له ان يشاركه فيها بالشفعة (وان بيعت) دار (بجنب) الدار (المبيعة) بيعا (فاسدا فشفيعها) اى الدار المبيعة (البايع ان بيعت قبل قبض المشترى) لبقاء ملكه فيها (فاذا قبض) المشترى (بعد الحكم له) اى للبايع (بها) اى بالشفعة (لاتبطل) الشفعة ان سلمها بعد الحكم له فيها بها لاتبطل لان ملكه فى المشفوعة قد تقرر بالحكم فلا يبطل باخراج الاولى عن ملكه وانما يستحق المشترى الدار المبيعة بجنبها بالشفعة اذا كان بيعها بعد قبضه لاقبله لان الشفعة انما تستحق بالملك ولا ملك له قبله (وان بيعت بعد قبض المشترى) المبيعة فاسدا (فالشفعة للمشترى) لثبوت الملك له بالقبض (وان استرد البايع منه) اى من المشترى (المبيعة) بحكم الفساد (قبل الحكم له) اى للمشترى بالشفعة (بطلت شفعته) لانقطاع ملكه عن التى يشفع بها قبل الحكم بالشفعة (وان) استردها منه (بعد الحكم له) (بقيت الثانية على ملكه) اى ملك المشترى لانه اخذها حين كان له حق الاخذ (والمسلم والذمى فى الشفعة سواء) للعمومات ولانهما يستويان فى السبب وفى الحكمة فيستويان فى الاستحقاق ولهذا يستوى فيها الذكور والاناث والصغير والكبير خلافا لابن ابى ليلى فى الذمى والصغير (وكذا الحر والعبد المأذون والمكاتب) اى سواء (ولو) وصلية (فى مبيع السيد كالعكس) اى للمأذون والمكاتب شفعة فى مبيع السيد كما للسيد شفعة فى مبيع المأذون والمكاتب لان ما فى يدهما ليس ملك مولاهما قال ابن الشيخ فى شرح الوقاية وغيره تجب الشفعة للعبد المأذون حال كونه مديونا دينا محيطا برقبته وكسبه فيما باعه سيده لكونه اجنبيا وكذا تجب الشفعة لسيده فيما باعه عبده المأذون الذى عليه دين محيط لان ما فى يد العبد المستغرق ملك له لا لمولاه قيل احاطة الدين ماله ورقبته ليس بشرط يقال الاحاطة هنا قيد لازم لظهور حق الشفعة بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين لانه يبيعه لمولاه ولا شفعة لمن بيع له انتهى فعلى هذا ان المص قد اطلق فى محل التقييد وحمل صاحب الفرائد على ما قال صاحب الاصلاح ليس مما ينبغى تدبر

فصل

(وتبطل الشفعة بتسليم الكل او البعض) اى كل المشتراة او بعضها الى البايع بعد البيع لان التسليم قبله لايبطلها اما تسليم الكل فلانه صريح فى الاسقاط واما البعض فلان حق الشفعة لايتجزى ثبوتا لانه بملكه كما ملكه المشترى والمشترى

لايملك البعض لانه تفريق الصفقة فلا يتجزى اسقاطا فيكون ذكر بعضه كذكر
كله كما فى الاختيار (ولو) وصلية اى ولوكان التسليم (من الوكيل) والمراد
من الوكيل الوكيل بطلب الشفعة واما الوكيل بالشراء فتسليه الشفعة صحيح
بالاجماع وكذا سكوته اعراض بالاجماع ثم الوكيل بالشفعة انما يصح تسليمه
اذا كان فى مجلس القاضى عند الامام وعند ابى يوسف يصح مطلقا وعند محمد
وزفر لايصح تسليمه اصلا ولو اقرهذا الوكيل على موكله بانه سلم الشفعة جاز
اقراره عليه عندهما اذا كان فى مجلس القاضى وان كان فى غيره فلا يجوز الا انه
يخرج من الخصومة وقال ابو يوسف يجوز مطلقا وقال زفر لايجوز مطلقا وهى
مسئلة اقرار الوكيل وموضعها فى الوكالة (و) تبطل الشفعة (بترك طلب
المواثبة او) طلب (التقرير) حين علم مع القدرة عليهما لانهما تبطل
بالاعراض وترك الطلبين او احدهما دليل الاعراض (و) تبطل الشفعة
(بالصلح) اى صلح المشترى الشفيع (عن الشفعة على عوض) لانه اخذ
الاعتياض عن حق ليس بمال فسقط حقه (وعليه) اى على الشفيع (رده)
اى العوض لان حق الشفعة لم يكن متقررا فى المحل وهو مجرد التملك الغير المتقوم
فيكون المأخوذ رشوة (وكذا) تبطل شفعته (لو باع بمال) لان البيع
تمليك مال بمال وحق الشفعة لايحتمل التمليك فكان عبارة عن الاسقاط مجازا
فتسقط الشفعة ولايلزم المال بخلاف القصاص لانه حق متقرر وبخلاف
الطلاق والعتاق لانه اعتياض عن ملك فى المحل (وكذا لو قال المخيرة اختاريني
بالف او قال العنين لامرأته ذلك) اى ترك الفسخ بالف (فاختارته)
اى اختارت الزوج (بطل خيارها ولايجب العوض) لانه لم يقابله حق متقرر
فلا يكون تجارة عن تراض فلا يحل (وتبطل) الشفعة (ببيع مايشفع به قبل
الحكم له) اى للشفيع (بها) اى بالشفعة لزوال سبب الاستحقاق قبل القضاء
واما بعد القضاء فيكون ميراثا للورثة ولافرق بين ان يكون عالما وقت بيع العقار
بشراء المشفوع اولا لانه لايختلف فى الحالين وكذا ابراء الغريم لان ذلك اسقاط
فلايتوقف على العلم (و) تبطل ايضا (بموت الشفيع) قبل الاخذ بعد
الطلب اوقبله فلايورث عنه وقال الشافعى لاتبطل لانها حقه والوارث
يخلفه فى حقوقه ولنا ان حق الشفعة حق التمليك وهو قائم بالشفيع فلا يبقى
بعدموته (لا) يبطل (بموت المشترى) لوجود المستحق (ولاشفعة لمن باع) صورته
وكل صاحبة الدار شفيعها ببيعها فباعها لان البيع بدل على الاعراض وعند الائمة
الثلاثة تجب له الشفعة (او بيع له) صورته ان المضارب باع دار المضاربة
ورب المال شفيعها فلاشفعة له لان البيع له (او ضمن) الشفيع (الدرك) عن البايع

فان الشفعة تبطل لانه بضمانه له الدرك ضمن له ان تحصل له الدار وذلك لا يكون الا بترك الشفعة وفي اخذه بها ابطال ذلك وعند الائمة الثلاثة تجب (او ساوم المشترى بيعا او اجارة) او طلب الشفيع من المشترى ان يوليه عقد الشراء فان الشفعة تبطل بذلك لانه دليل الاعراض (وتجب) الشفعة (لمن ابتاع) قيل بيانه لو وكل المشترى شفيع الدار بشرائها فاشترى فله الشفعة (او ابتيع له) بيانه اشترى المضارب بمال المضاربة دارا ورب المال شفيعها بدار اخرى كان له الشفعة ولا فرق بين ان يكون البيع او الشراء من الاصيل او وكيله في بطلان الشفعة في الاول ووجوبها في الثانى (ولو قيل للشفيع انها) اى الدار التى تثبت فيها الشفعة له (بيعت بالف) درهم (فسلم) الشفيع لاجل الاستكثار (ثم بان) اى ظهر (انها بيعت باقل) من الالف (او) ظهر انها بيعت (بكيلى او وزنى او عددى متقارب قيمته الف او اكثر فله) اى للشفيع (الشفعة) لان تسليمه كان لاستكثار الثمن او لتعذر الجنس ظاهرا فاذا بين له خلاف ذلك كان له الاخذ للتيسير وعدم الرضاء على تقدير ان يكون الثمن غيره لان الرغبة في الاخذ تختلف باختلاف الثمن قدرا او جنسا فاذا سلم على بعض وجوهه لا يلزم منه التسليم في الوجوه كلها (ولو بان انها بيعت بعرض قيمته الف او بدنانير قيمتها الف) او اكثر (فلا) شفعة له اما عدم الشفعة ان ظهر انها بيعت بعرض قيمته مثل قيمة الذى بلغه او اكثر فلعدم الفائدة لان الواجب في غير المكيل والموزون القيمة فلا يظهر التفاوت واما عدم الشفعة ان ظهر انها بيعت بدنانير قيمتها الف فلان الجنس متحد في حق الثمنية ولهذا يضم احدهما الى الآخر في الزكوة وقال زفر له الشفعة لاختلاف الجنس وهو قول الائمة الثلاثة كما في الهداية وغيرها لكن في التبيين هذا قول ابى يوسف وهو الاستحسان والقياس ان يثبت له حق الشفعة وهو قول الامام وزفر وفي النهاية نقلا عن المبسوط وقول محمد مع الامام لان الجنس مختلف حقيقة وحكما ولهذا جاز التفاضل بينهما في البيع والمص اختار ما اختار صاحب الهداية فلهذا لم يذكر الاختلاف بين علمائنا الثلثة تتبع وانما قيد بالالف او اكثر لان قيمته ان اقل فهو على شفعته (ولو قيل له) اى للشفيع (المشترى فلان فسلم) الشفعة (فبان انه) اى المشترى (غيره) اى غير فلان (فله الشفعة) لان رضاءه بجواره لا بجوار غيره لتفاوت الناس (ولو قيل له) المشترى (فلان) فسلم (ثم بان انه) اى المشترى (هو) اى فلان (مع غيره فله الشفعة في حصة الغير) لان التسليم لم يوجد في حقه (ولو بلغه) اى الشفيع (بيع النصف فسلم الشفعة فظهر بيع الكل فله الشفعة في الكل) لانه سلم النصف وكان حقه في اخذ الكل والكل غير النصف فلا يكون اسقاطه

اسقاط الكل وعلل صاحب الهداية بان التسليم لضرر الشركة ولا شركة لكن
فى التبيين هذا التعليل يستقيم فى الجار دون الشريك والاول يستقيم فيهما
واما اذا اخبر بشراء الكل فسلم ثم ظهر بشراء النصف لا شفعة فى ظاهر الرواية
لان التسليم فى الكل تسليم فى ابعاضه وقيل له الشفعة ومال اليه شيخ الاسلام
كما فى المنح ثم شرع فى بيان الحيلة فيها فقال (وان باعها) اى الدار (الا ذراعا)
اى مقدار ذراع (من طول) الجدار الذى يلى (جانب الشفيع فلا شفعة له)
لان الاستحقاق بالجوار ولم يوجد الا تصال بالمبيع وكذا لو وهب هذا القدر
للمشترى لعدم الالتزاق (وان شرى منها) اى من الدار (سهما بثمن ثم شرى
باقيها) اى باقى الدار (فالشفعة فى السهم فقط) لان الشفيع جار والمشترى
شريك فى الباقى فيقدم عليه ولو اراد الحيلة اشترى السهم الاول بجميع الثمن
الا درهما والباقى بالدرهم فلا يرغب الجار فى اخذ السهم الاول لكثرة الثمن
لا سيما اذا كان جزأ قليلا كالعشر او اقل مثلا (وان ابتاعها) اى ان اشترى
الدار (بثمن) كثير كالف (ثم دفع عنه) اى عن الثمن (ثوبا) يساوى مائة
درهم مثلا (اخذها الشفيع بالثمن لا بقيمة الثوب) لان الثوب عوض عما فى ذمة
المشترى فيكون البايع مشتريا بعقد آخر غير العقد الاول وهذه الحيلة تعم الشريك
والجار لكن فيه ضرر البايع لانه اذا استحقت الدار المشفوعة يبقى كل الثمن
والاوجه ان يباع بالدرهم الثمن دينار حتى اذا استحق المشفوعة يبطل الصرف
فيجب رد الدينار لا غير كما فى الهداية وله حيلة اخرى احسن واسهل ذكرها
صاحب الدرر وهو قوله لو اشترى بدراهم معلومة اما بالوزن او الاشارة مع
قبضة فلوس اشير اليها وجهل قدرها وضيع الفلوس بعد القبض لان الثمن
معلوم حال العقد ومجهول حال الشفعة فجهالة الثمن تمنع الشفعة (ولا تكره
الحيلة فى اسقاطها) اى الشفعة (عند ابى يوسف) لانه يحتال لدفع الضرر
عن نفسه وهو الاخذ بلا رضاه والحيلة لدفع الضرر عن نفسه مباح وان تضرر
الغير فى ضمنه وهو رواية عن الامام (وبه) اى بقول ابى يوسف (يفتى قبل
وجوبها) واما بعد وجوبها فكروهة بالاجماع (وعند محمد تكره) لانها
وجبت لدفع الضرر وهو واجب والحاق الضرر به حرام وبه قال الشافعى
قيل لا تكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بالاجماع وانما الخلاف فى فصل الزكوة
والمختار عندى ان لا تكره فى الشفعة دون الزكوة كما فى شرح الكنز للعينى
وفى التنوير ولا حيلة لاسقاط الحيلة لما قال البزازى وطلبناها كثيرا فلم نجدها
(وللشفيع اخذ حصة بعض المشترين لا حصة بعض البائعين) يعنى اشترى
جماعة عقارا والبايع واحد يتعدد الاخذ بالشفعة بتعددهم فللشفيع ان يأخذ

نصيب بعضهم ويترك الباقي وان تعدد البايع بان باع جماعة عقارا مشتركا بينهم والمشترى واحد لايتعدد الآخذ بالشفعة بتعددهم حتى لايكون للشفيع ان يأخذ بعضهم دون بعض بل يأخذ الكل او يترك والفرق ان في الوجه الثاني بأخذ البعض تتفرق الصفقة على المشترى فيتضرر به زيادة الضرر بالاخذ منه وبعيب الشركة وفي الوجه الاول يقوم الشفيع مقام احدهم فلا تتفرق الصفقة على احد ولا فرق في هذا بين ان يكون قبل القبض و بعده هو الصحيح الا ان قبل القبض لايمكنه اخذ نصيب احدهم اذا نقد حصته من الثمن حتى ينقد الجميع كيلا يؤدى الى تفريق اليد على البايع بمنزلة المشترين انفسهم لانه كواحد منهم بخلاف مابعد القبض لانه سطقت يد البايع سواء سمى لكل بعض ثمنا اوسمى للكل جملة لان العبرة في هذا لاتحاد الصفقة لالاتحاد الثمن واختلافه والمعتبر في التعدد والاتحاد العاقد دون المالك وتمامه في التبيين فليطالع (وللجار اخذ بعض مشاع بيع فقسم وان) وصلية (وقع في غير جانبه) يعني اشترى رجل نصف دار غير مقسوم فقاسم المشترى البايع اخذ الشفيع نصيب المشترى الذى حصل له بالقسمة وليس للشفيع نقضها مطلقا سواء كانت القسمة بحكم اوبالتراضي اذ القسمة من تمام القبض لمافيه من تكميل الانتفاع بخلاف مااذا باع احد الشريكين نصيبه من دار مشتركة وقاسم المشترى الشريك الذى لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد لم يقع من الذى قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذى هو حكم البيع الاول بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كمالو اشترى اثنان دارا وهما شفيعان ثم جاء شفيع ثالث بعد مااقتسما بالقضاء اوبالتراضي فللشفيع ان ينقض القسمة وفي الهداية ثم اطلاق الجواب في الكتاب يدل على ان الشفيع يأخذ النصف الذى صار للمشترى في اى جانب كان وهو المروى عن ابي يوسف لان المشترى لايملك ابطال حقه بالقسمة وعن الامام انه انما يأخذه اذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لانه لايبقى جارا فيما يقع في الجانب الآخر (وللعبد المأذون المديون الاخذ بالشفعة في مبيع سيده وبالعكس) هذا مستدرك لماسبق قبيل الفصل بل الاولى ان يذكرها فيماسبق مقيدة بهذا القيد واكتفى تدبر (وصح تسليم الاب والوصى شفعة الصغير) عند الشيخين (خلافا لمحمد فيما بيع بقيمته اواقل) اى فان عنده لايصح تسليمهما شفعة الصغير الصبي على شفعته اذا بلغ لانه حق ثابت له فلا يملكان ابطاله و به قال زفر ولهما ان هذا معنى المبادلة وهما يملكانها الاترى ان من اوجب بيعا للصبي صح رده منهما وعلى هذا الخلاف بطلان الشفعة بسكوت الاب والوصى عند العلم بالشراء (وقوله) اى قول محمد (رواية عن الامام في الاقل الذى

لايتغابن فيه) وفي الكافي اذا سلم الاب شفعة الصغير والشراء باقل من قيمته بكثير فعن الامام ان التسليم يجوز لانه امتناع عن ادخاله في ملكه لازالة عن ملكه ولم يكن تبرعا وعن محمد انه لايجوز لانه بمنزلة التبرع بماله ولارواية عن ابي يوسف وفي التبيين كلام فليطالع

كتاب القسمة

عقب بالقسمة مع اشتمال كل على المبادلة ترقيا من الادنى الى الاعلى لجوازها ووجوب القسمة في الجملة (هي) اي القسمة لغة بالكسر اسم من الاقتسام كما في المغرب او التقسيم كما في القاموس لكن الانسب بما يأتي من لفظ القاسم ان يكون مصدر قسمه بالفتح اي جزأه كما في القهستاني وفي الشريعة (جمع نصيب شايع في معين) اي في مكان معين وسبب القسمة طلب الشركاء او بعضهم الانتفاع بملكه على وجه الخصوص حتى اذا لم يوجد منهم الطلب لاتصح القسمة وركنها هو الذي يحصل بذلك الفعل الافراز والتمييز بين الانصباء كالكيل والوزن والعد والذرع وشرطها عدم فوت المنفعة بالقسمة فان فاتت بها لاتقسم جبرا كالبئر والرحى والحمام لان الغرض المطلوب منها توفير المنفعة فاذا ادت الى فواتها لم يجبر وحكمها تعين نصيب كل من الشركاء على حدة وهي مشروعة في الاعيان المشتركة لان النبي عليه السلام باشرها في المغانم والمواريث وجرى التوارث بها من غير نكير (وتشتمل) اي القسمة مطلقا سواء كانت في المثليات او القيميات (على) معنى (الافراز) وهو اخذ عين حقه (والمبادلة) وهي اخذ عوض عن حقه (والافراز) وهو التمييز (اغلب) اي راجح (في المثليات) كالمكيل والموزون والمعدود المتقارب لعدم التفاوت بين ابعاضها ثم فرع بقوله (فيأخذ الشريك حظه) اي نصيبه (منها) اي من المثليات (حال غيبة صاحبه) في ذوات الامثال لكونه عين حقه (ولو اشترياه) الضمير المنصوب راجع الى المثلي الدال عليه لفظ المثليات (فاقتسماه فلكل) اي لكل واحد منهما (ان يبيع حصته مرابحة) وتولية (بحصة ثمنه) ولو كانت مبادلة لما جاز هذا وفي الاختيار فلا يخلو عن معنى المبادلة ايضا لان ماحصل له كان له بعضه و بعضه لشريكه الا انه جعل وصول مثل حقه اليه كوصول عين حقه لعدم التفاوت (والمبادلة) اي الاعطاء من الجانبين (اغلب في غيرها) اي في غير المثليات من العقار وسائر المنقولات للتفاوت بين ابعاضها (فلا يأخذه) اي الشريك نصيبه حال غيبة صاحبه ولايمكن ان يجعل كانه اخذ عين حقه

لعدم المعادلة بينهما (ولا يبيع) حصته (مرابحة بعد الشراء والقسمة) ولو كانت افرازا جاز (و يجبر عليهما) اى على القسمة (فيه) اى فى غير المثلى (بطلب الشريك فى متحد الجنس) لحسب لمعنى الافراز فى الجملة عند طلب احد الشركاء من القاضى ان يخصه بالانتفاع بنصيبه (لا فى غيره) اى لا يجبر على القسمة لتعذر المبادلة باعتبار فحش التفاوت لان ما يو فيه ليس عين حقه بل هو عوض حقه فيلزم من الرضاء ولو توافقوا عليها تجوز لان الحق لهم هذا اذا امكن الوصول الى حقه اما اذا لم يمكن الوصول الى حقه بدون المبادلة يجبر على المبادلة كما فى قضاء الديون (وندب للقاضى نصب) رجل (قاسم يكون رزقه من بيت المال) لان منفعته للعامة كالقضاة والمفتين والمقاتلة فتكون كفايته من بيت المال لانه اعد لمصالحهم كنفقة هؤلاء (ليقسم بلا) اخذ (اجر منهم) لكونه ارفق للانام وابعد من التهمة (فان لم يفعل) اى لم ينصب قاسما رزقه من بيت المال لان النصب غير واجب بل هو مندوب فيجوز ان ينصب وان لا ينصب فان لم ينصب (ينصب قاسما يقسم) بين الناس (باجر) على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص وليست بقضاء حقيقة حتى للقاضى ان يأخذ الاجر على القسمة وان كان لا يجوز له على القضاء (بقدره) اى اجر المثل (له) اى للقاسم (القاضى) لئلا يطمع فى اموالهم ويتحكم بالزيادة ثم ان الاجر هو اجر المثل وليس له قدر معين وقيل يقدر الاجر بربع العشر كالزكوة لانها عمل العامة فاشبه الزكوة كما فى شرح الوقاية لابن الشيخ (وهو) اى اجر المثل (على عدد الرؤس) اى رؤس المتقاسمين عند الامام لان تمييز الاقل من الاكثر كتمييز الاكثر من الاقل فى المشقة (وعندهما على قدر السهام) لانه مؤنة الملك فيقدر بقدره و به قال الشافعى واحمد واصبغ المالكى (واجرة الكيل والوزن على قدر السهام اجماعا ان لم يكن) اى ما ذكر من الكيل والوزن (للقسمة) لان الاجرة مقابل بعمل الكيل والوزن لا بالتمييز (وان) كان (لهما) اى للقسمة (فعلى الخلاف) حيث تجب الاجرة على عدد الرؤس عنده وعندهما على قدر السهام (و يجب كونه) اى القاسم (عدلا امينا عالما بالقسمة) لانه من جنس عمل القضاة و يعتمد على قوله فتشترط العدالة والامانة والعلم بها وانما ذكر الامانة بعد العدالة وهى من لوازمها لجواز ان يكون غير ظاهر الامانة كما فى المنح وغيره وليس بتام لان ظهور العدالة يستلزم ظهورها كما لا يخفى تأمل كما قال يعقوب باشا (ولا يجبر الناس على قاسم واحد) اى لا يعين القاضى قاسما واحدا للقسمة لانه يتحكم فى الزيادة على اجر مثله (ولا يترك القسام) جمع قاسم (ليشتركوا) اى يمنعهم القاضى من الاشتراك كيلا تصير

الاجرة غالية بتواكلهم وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم اليه خيفة الفوت فيرخص الاجر بسبب ذلك (وصح الاقسام بانفسهم) بالتراضي (بلاامر القاضي) لولايتهم على انفسهم واموالهم (ويقسم على الصبي وليه اووصيه) كالبيع وسائر التصرفات (فان لم يكن) اي وان لم يوجد احدهما (فلابد من امر القاضي) اي نصب القاضي له من يقسم قوله ويقسم الى هنا كلام صاحب الاختيار لكن في عامة المعتبرات وصحت برضاء الشركاء الاعند صغر احدهم ولانائب عنه وكذا الحكم عند جنون احدهم (ولايقسم عقار بين الورثة باقرارهم) اي لو ادعى الشركاء ارث العقار عن زيد عند القاضي لايقسم بينهم باعترافهم (مالم يبرهنوا على الموت وعدد الورثة) عند الامام لان الشركة مبقاة على ملك الميت والقسمة قضاء على الميت والاقرار حجة قاصرة لايتعدى الى غير المقر فلابد من البينة لتكون حجة على الميت مع ان العقار محصن بنفسه فلاحاجة الى القسمة بخلاف المنقول لانه غير محفوظ بنفسه (وعندهما يقسم باعترافهم) ويذكر في كتاب القسمة ذلك يعني انه قسمها بينهم ليقتصر الحكم بالقسمة عليهم ولايتعدى الى شريك آخر لهم وبه قال الشافعي واحمد في قول (وغير العقار يقسم اجماعا) لان في قسمته نظرا لاحتياجه الى الحفظ كما مر (وكذا العقار المشترى يقسم) اتفاقا لان من في يده شيء فالظاهر انه له وفي رواية لايقسم حتى يقيموا البينة على الملك لجواز ان يكون في ايديهم والملك للغير والاول اصح (والمذكور مطلق ملكه) اي يقسم اتفاقا فيما اذا ادعوا الملك ولم يذكروا كيفية انتقاله اليهم بقوله من غير اقامة البينة وذلك لانه ليس في القسمة قضاء على الغير فانهم لم يقروا بالملك لغيرهم فيكون مقتصرا عليه فيجوز (وان برهنا) اي اقام رجلان بينة (ان العقار في ايديهما) وطلبا القسمة (لايقسم حتى برهنا) اي حتى يقيما البينة (انه) ان العقار ملك (لهما) لاحتمال ان يكون لغيرهما قال العيني وغيره في شرح الكنز وهذه المسئلة بعينها هي المسئلة السابقة وهي قوله والمذكور مطلق ملكه لان المراد فيها ان يدعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم ولم يشترط فيها اقامة البينة على انه ملكهم وهو رواية القدوري وشرط هنا وهو رواية الجامع الصغير فان كان قصد الشيخ تعيين الروايتين فليس فيه مايدل على ذلك والافتقع المسئلة مكررة يتحاشى عنه في مثل هذا المختصر انتهى ولو برهنوا على الموت وعدد الورثة والعقار في ايديهم ومعهم وارث غائب اوصبي قسم العقار بينهم بطلب الحاضرين هكذا اوقع في الوقاية والهداية وفي العناية قيل هذا سهو والصحيح في ايديهما لانه لو كان في ايديهم لكان البعض في يد الطفل او الغائب وسيأتي انه ان كان

يقسم واجيب عنه بانه اطلق الجمع واراد المثنى بقرينة قوله وارثان واقاما لكنه ملبس انتهى هذه القرينة وقعت فى عبارة الهداية لافى عبارة المص لانه قال وبرهنوا بصيغة الجمع فلا يمكن الجواب عنه تدبر (ونصب وكيل) للغائب (اووصى) للصبى (لقبض) الوكيل (حصة الغائب او) لقبض الوصى (حصة الصبى) لان فى هذا نظرا للغائب والوصى ولابد من اقامة البينة عند الامام وعندهما يقسم بقولهم كامر (ولو كان العقار فى يد الغائب اوشئ منه) اى من العقار فى يد الغائب (او) كان (فى يد مودعه او) كان فى يد الصغير لايقسم) لان فى هذه القسمة قضاء على الغائب اوالطفل باخراج شئ عمافى يده من غير خصم حاضر عنهما وامين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه سواء اقيمت البينة هنا اولا (وكذا) لايقسم (لوحضر وارث واحد) وبرهن على الموت والعدد والباقى غائب عن النظر اوصبى لان الواحد لايكون مخاصما ومخاصما فلا بد من اثنين (او كانو امشترين وغاب احدهم) اى لايقسم لان الملك الثابت ملك جديد بسبب باشره فلايصلح الحاضر خصما عن الغائب بخلاف الارث لان الملك الثابت فيه ملك خلافة فانتصب احدهما خصما عن الميت فيما فى يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين وصح لقيام البينة على خصم حاضر وفى الشراء قامت على خصم غائب فلايقبل ولا يقضى (واذا انتفع كل) واحد (من الشركاء بنصيبه بعد القسمة قسم بطلب احدهم) لان فى القسمة تكميل المنفعة وكانت حقا لازما فيما يحتملها (وان تضرر الكل) بالقسمة كالحمام وغيره (لايقسم الابرضاهم) لان القسمة لتكميل المنفعة وفى هذا تفويته فيعود على موضوعه بالنقض (وان انتفع البعض) لكثرة نصيبه (دون البعض) بل تضرر لقلة حظه (قسم بطلب ذى النفع) لانه طالب تكميل منفعة ملك (لابطلب الآخر وهو الاصح) هذا قول الخصاف والامام السرخسى لانه لافائدة له فهو متعنت فى طلب القسمة حيث يشتغل بمالا ينفعه وفى الدرر نقلا عن الذخيرة وعليه الفتوى وذكر الخصاف عكسه لان صاحب الكثير يطلب ضرر صاحبه وصاحب القليل يرضى بضرره وذكر الحاكم ان ايهما طلب القسمة قسم القاضى قال فى الخانية وهو اختيار الشيخ الامام المعروف بخواهر زاده وعليه الفتوى وفى المنح ينبغى ان يعول على ماجزم به عامة اصحاب المتون والشروح لانهما هى الموضوعة لنقل المذهب فلا يعارضه مافى الفتاوى وانما يعول عليها اذا لم يعارضها كتب الاصول وهى الموضوعه لنقل المذهب واما مع معارضتها لها لايلتفت اليها كما فى انفع الوسائل (ويقسم العروض من جنس واحد) اى يقسم القاضى

عروضا اذا اتحد جنسها بطلب بعض الشركاء جبر الوجود المعادلة بالمالية والمنفعة (ولا يقسم) القاضي (الجنسين) باعطاء (بعضهما في بعض) لعدم الاختلاط بينهما فلا تكون القسمة تمييزا بل معاوضة ولا بد فيها عن التراضي وهذا بالاجماع (ولا) يقسم القاضي (الجواهر) مطلقا لان جهالتها متفاحشة لتفاوتها فاحشة وقيل لا يقسم الكبار ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل لا يقسم الجواهر ان كانت مختلفة الجنس كاللآلى واليواقيت (ولا) يقسم (الحمام ولا البئر ولا الرحى ولا الثوب الواحد ولا الحائط بين دارين الا برضاهم) استثناء من قوله ولا يقسم الجنسين الى هناك اى الا برضاء الشركاء لما فيه من الحاق الضرر بهم (وكذا) لا يقسم (الرقيق الا برضاهم) عند الامام (خلافا لهما فان عندهما يجوز لا تحاد الجنس فصار كالابل والخيل والغنم وبه قالت الائمة الثلاثه وله ان قسمة الرقيق لمعانيها الباطنة متعذر ولا وقوف عليها ولا يمكن التعديل فلا يقسم الا بتراضي بخلاف الحيوانات اذا كانت من جنس واحد وبخلاف المغنم لان حق الغانمين يتعلق بالمالية لا بالعين وهذا الخلاف فيما اذا كان الرقيق وحدهم وليس معهم شئ آخر من العروض وهم ذكور فقط او اناث فقط واما اذا كانوا مختلطين بين الذكور والاناث لا يقسم بالاجماع وان كان مع الرقيق شئ آخر مما يقسم جازت القسمة في الرقيق تبعا لغيرهم بالاجماع (والدور المشتركة) بين الاثنين او اكثر كلها (في مصر واحد لا يقسم) كل واحدة (على حدته) الا بتراضي الشركاء عند الامام وهو الصحيح وهذا قسمة فرد لا قسمة جمع لان الدور اجناس مختلفة بوجوه السكنى وان كانت جنسا واحدا نظرا الى اصل السكنى فيوجد فحش التفاوت باعتبار المقاصد باختلاف المحال والجيران والقرب الى المسجد والماء والسوق (وقالا ان كان الاصلح قسمة بعضها في بعض جاز) ان يقسم على هذا الوجه لانها جنس واحد اسما وصورة ونظرا الى اصل السكنى واجناس نظرا الى اختلاف الاغراض وتفاوت منفعة السكنى فكان امرها مفوضا الى رأى القاضي ان شاء قسم وان شاء لم يقسم وعلى هذا الخلاف الاقرحة المتفرقة او الكروم المشتركة (وفي مصرين يقسم كل على حدته بالاتفاق) فيما رواه هلال وعن محمد لو كانت احديهما بالرقة والاخرى بالبصرة قسمت احديهما في الاخرى كما في الاختيار (وكذا) لا يقسم احديهما في الاخرى (دار وضيعة او دار وحانوت) في مصر بل يقسم على الانفراد بالاتفاق لاختلاف الجنس قال صاحب الهداية جعل الدار والحانوت هنا جنسين وذكر في اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بمنافع الحانوت لا تجوز لاحتمال الربوا وهذا يدل على انهما جنس واحد فيجعل في المسئلة روايتان او تبنى حرمة

از بواوهنالك على شبهة المجانسة باعتبار اتحاد منفعتهما وهى السكنى وفى الكافى ان هذا مشكل لانه يؤدى الى اعتبار شبهة الشبهة والمعتبر هو الشبهة لا النازل عنها وقال الامام الحلوانى امان يكون فى المسئلة روايتان او يكون من مشكلات هذا الكتاب وفى العناية وحاشيته لمولى سعدى جواب فليطالع (والبيوت فى محلة واحدة اوفى محلات يجوز قسمة بعضها فى بعض) لان التفاوت فى البيوت يسير (والمنازل المتلاصقة) بعضها مع بعض (كالبيوت) اى يجوز قسمة بعضها فى بعض (و) المنازل (المتباينة) بعضها عن بعض (كالدور) اى لا يجوز قسمة بعضها فى بعض بل يقسم كل منزل على حدة سواء كان فى دار او محال لانها تتفاوت فى السكنى لكن دون الدور وفوق البيت فاخذ شبها من كل واحد فان تلازقت فقسمة فرد والا فقسمة جمع وفى الاختيار واذا قسمت الدار تقسم العرصة بالذراع والبناء بالقسمة و يجوز ان يفضل بعضهم على بعض تحقيقا للمعادلة فى الصورة والمعنى اوفى المعنى عند تعذر الصورة

فصل

فى كيفية القسمة (وينبغى للقاسم ان يصور) على قرطاس اونحوه (مايقسمه) ليمكنه حفظه واصابته (و يعدله) اى يسوى ماقسمه على سهام القسمة (ويذرعه) اى يذرع ماقسمه ليعرف قدره بان يصور الذرعان على ذلك القرطاس بقلم الجدول فيكون كل ذراع فى ذراع بشكل لبنة (و يقوم بناءه) اذ التقويم محتاج اليه بالآخرة (ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه) لان القسمة لتكميل المنفعة و به يكمل ولارتفاع النزاع هذا ماهو الافضل ان امكن ولذا يجوز تركه (و يلقب الانصباء) جمع نصيب (بالاول والثانى والثالث) والرابع والخامس وهلم جرا (و يكتب اسماءهم) اى اسامى الشركاء و يجعلها بطاقات و يطوى كل بطاقة و يجعلها شبه البندقة و يدخلها فى طين ثم يخرجها ثم يدلكهما ثم يجعلها فى وعاء اوفى كه ثم يخرج واحدا بعد واحد (و يقرع) لتطييب القلوب (فالاول لمن خرج اسمه اولا والثانى لمن خرج ثانيا والثالث لمن خرج ثالثا) الى ان ينتهى الى الاخير قال ابن الشيخ فى شرح الوقاية و يكتب اسماءهم على القرعة اوغيرها ويبدأ القسمة من اى طرف كان فان جعل الطرف الشرقى اول يجعل مايليه ثانيا ثم مايليه ثالثا فيخرج القرعة المكتومة فيعطى السهم الاول لمن خرج اسمه فيها اول والثانى لمن خرج اسمه ثانيا والثالث ثالثا بلا حاجة الى اخراج قرعة اذ بقى له سهم واحد بلا منازع هذا فى السهام المتساوية ظاهر واما ان كانت متفاوتة بان كان لاحدهم مثلا نصف وللثانى سدس وللثالث ثلث فيجعل السهام

ستة فان خرج في القرعة الاولى من له الثلث اتفاقا فله السهمان احدهما هو الملقب بالاول في طرف شرقي والآخر مايليه تتميما لحقه ثم ان خرج في الدفعة الثانية اسم من له النصف فله ثلثة اسهم على الاتصال فيبقى سهم واحد لمن له السدس بلا حاجة الى اخراج قرعة والقرعة هنا لازالة تهمة الميل عن القسام او القاضي في اعطاء كل سهام لا في اصل الاقتسام فعنى القمار يسقط عن الاعتبار

(ولا يدخل الدراهم في القسمة الا برضاهم) صورته دار بين جماعة فارادوا قسمتها وفي احد الجانبين فضل بناء فاراد احد الشركاء ان يكون عوض البناء دراهم واراد الآخر ان يكون عوضه من الارض فانه يجعل عوض البناء من الارض ولا يكلف الذي وقع البناء في نصيبه ان يرد بازاء البناء من الدراهم الا اذا تعذر فح القاضي ذلك لان القسمة من حقوق الملك المشترك والشركة بينهم في الدار لا في الدراهم فلا تجوز قسمة ماليس بمشترك كما في الدرر وعن ابي يوسف يقسم الكل باعتبار القيمة اذا كان ارض وبناء لتعذر التعديل الا بالقيمة وعن الامام انه يقسم الارض بالمساحة على الاصل في الممسوحات فمن كان نصيبه اجود اووقع له البناء يرد على الآخر دراهم حتى يساويه فيدخل الدراهم في القسمة ضرورة كولاية الاخ وعن محمد انه يرد على شريكه من الارض في مقابلة البناء فاذا بقي فضل ولا يمكن التسوية بان لا تفي الارض بقيمة البناء فح يرد في مقابلة الفضل دراهم لان الضرورة في هذا القدر وفي الاختيار وقول محمد احسن واوفق للاصول (فان وقع مسيل) ماء (او طريق) المرور (لاحدهم في نصيب آخر و) الحال انه (لم يشترط) ذلك في القسمة (صرف) المسيل او الطريق (عنه) اى عن الآخر (ان امكن) صرفه تحقيقا لمعنى القسمة وهو قطع الاشتراك (والا) اى وان لم يمكن صرفه عنه (فسخت القسمة بالاجماع) لاختلالها وتستأنف لان الحق تمليك المنفعة ولا يكون ذلك الا بالطريق والمسيل (ويقسم) القاضي (سهمين من العلو بسهم من السفل) عند الامام (وعند ابي يوسف) يقسم (سهما بسهم وعند محمد يقسم بالقيمة) كما اذا كان علو مشترك بين رجلين وسفله لرجل وسفل مشترك بينهما وعلوه لآخر وطلبا القسمة او احدهما قال الامام بحسب ذراع من السفل بذراعين من العلو لان السفل يبقى بعد فوات العلو والعلو لا يبقى بعد فناء السفل وقال ابو يوسف بحسب ذراع من السفل بذراع من العلو لان الاصل هو السكنى وقد استويا فيه وقال محمد يقوم كل على حدة و يقسم بالقيمة لان منفعة العلو والسفل متفاوتة بحسب الاوقات ففي الصيف يختار العلو وفي الشتاء السفل فلا يمكن التعديل الا بالقيمة قيل هذا اختلاف عصر وزمان اجاب كل واحد بما شاهده في زمانه وفي شرح

الطحاوى الاختلاف فى الساحة واما البناء فيقسم بالقيمة اتفاقا (وعليه) اى على قول محمد (الفتوى) كما فى اكثر المعتبرات (فان اقر) والاولى بالواو (احد المتقاسمين بالاستيفاء) اى باخذ تمام حصته من المقسوم (ثم ادعى ان بعض نصيبه منه) وقع (فى يد صاحبه) غلطا بعد ماشهد على نفسه بالاستيفاء (لايصدق) قوله (الا بحجة) منه لان هذه الدعوى تخالف اقراره السابق بالاستيفاء فلاتسمع دعواه الابالبينة حتى قالوا يحمل دعوى الغلط على فسخ القسمة ليكون وجها لاقامة البينة وقال صدر الشريعة وجه رواية المتن انه اعتمد على فعل القاسم فى اقراره باستيفاء حقه ثم لماتأمل حق التأمل ظهر الغلط فى فعله فلايؤخذ بذلك الاقرار عند ظهور الحق انتهى وهذا على رواية الهداية فى ثبوت هذه الدعوى بالبينة حيث قال ان لم يقم عليه بينة استحلف الشركاء انتهى وقال ابن الشيخ فى شرح الوقاية وهذا لا يمنع ثبوت هذه الدعوى بالنكول او بالاقرار ايضا اذ لانزاع فيه بل يمنع قول من نازع وقيل المراد بالحجة اقرار الخصم اونكوله لا غير لكون الدعوى على التناقض وقال صاحب الاصلاح الا بحجة من بينة المدعى واقرار الخصم ونكوله على التعميم (وتقبل شهادة القاسمين) بفتح الميم عند اختلاف المتقاسمين (فيها) اى فى القسمة عند الشيخين لانها شهادة على فعل غيرهما باستيفاء حقهما (خلافا لمحمد) فان عنده لاتقبل وهو قول ابى يوسف اولا وبه قالت الائمة الثلثة لانها شهادة على فعل نفسهما فاورثت التهمة وهذا اذا قسما مجانا ولا يجران لهما نفعا قال الطحاوى اذا اقتسما باجر لاتقبل الشهادة اجماعا وقيل الخلاف فى الكل وهو الاصح فلذا اطلق فى الكتاب كما فى شرح الكنز للعينى (وان قال) احد المتقاسمين بعد مااقر بالاستيفاء (قبضته) اى حقى (ثم اخذ) صاحبى (بعضه) منى بعد ما قبضته (وانكر شريكه) ذلك (حلف خصمه) لانه يدعى عليه الغصب وهو منكر فالقول قول المنكر وفى التسهيل ولافرق بين هذه المسئلة وبين المسئلة الاولى فى ان الخصم يحلف فيهما اذا لم تكن له بينة الا انه فى الاولى ينبغى ان تقبل دعواه كما مر بخلاف الثانية (وان قال قبل ان يقر بالاستيفاء اصابنى) من ذلك (كذا) الى كذا (ولم يسلم) مااصابنى من حق (الى وكذبه الآخر تحالفا وفسخت) القسمة لان الاختلاف فى مقدار ماحصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف فى مقدار المبيع وفى الفرائد نقلا عن التسهيل هذه هى المسئلة بعينها واجاب هنا انه تقبل دعواه لكن ينبغى ان لا تقبل للتناقض فظهران فى المسئلتين روايتين (ولو ادعى) احد المتقاسمين (غبنا) فى القسمة (لا يعتبر كالبيع) اى كما لا اعتبار بدعوى الغبن فى البيع

لوجود التراضى (الا اذا كانت القسمة بقضاء) القاضى (والغبن فاحش فتفسخ) القسمة ح وقال صاحب المنح ولو ظهر غبن فاحش فى القسمة فان كانت بقضاء القاضى بطلت عند الكل لان تصرف القاضى مقيد بالعدل ولم يوجد ولو وقعت القسمة بالتراضى تبطل ايضا فى الاصح وقيل لا يلتفت الى قول من يدعيه لانه دعوى الغبن ولا معتبر به فى البيع فكذا فى القسمة لوجود التراضى وقيل تفسخ هو الصحيح ذكره الكافى وتمامه فيه فليطالع (ولو استحق بعض معين من نصيب البعض لاتفسخ) القسمة اتفاقا على الصحيح (ويرجع) البعض (بقسطه فى حظ شريكه) كما اذا كانت الدار بينهما نصفين فقسمت فاستحق من يد احدهما بيت هو خمسة اذرع رجع بنصف مااستحق فى نصيب صاحبه (وكذا) لاتفسخ (فى الشايع عند الامام وعند ابى يوسف تفسخ) القسمة لعدم تحقق الافراز باستحقاق النصيب الشايع وبه قال الشافعى و احمد وهو قول محمد فى رواية ابى سليمان وروى ابو حفص انه مع الامام وهو الاصح كما فى الكافى وغيره (وفى بعض مشاع فى الكل تفسخ اجماعا) لانه لو ثبت القسمة لتضرر المستحق بتفرق نصيبه (ولو ظهر بعد القسمة دين على الميت محيط) بماله (نقضت) القسمة لانه يمنع وقوع الملك للوارث (وكذا) تنقض القسمة لو ظهر دين لكنه (غير محيط) بماله لتعلق حق الغرماء بالتركة (الا اذا بقى بلا قسمة مايفى به) اى بالدين فح لاتفسخ لعدم الحاجة الى نقض القسمة فى ايفاء حقهم (ولو ابرأ الغرماء) بعد القسمة ذمم الورثة من ديونهم (او اداه) اى الدين (الورثة من مالهم لاتنقض) القسمة (مطلقا) اى سواء كان الدين محيطا او غير محيط لزوال المانع وفى الهداية ولو ادعى احد المتقاسمين دينا فى التركة صح دعواه لانه لاتناقض اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة ولو ادعى عينا باى سبب كان لم يسمع للتناقض اذ الاقدام على القسمة اعتراف منه بكون المقسوم مشتركا

﴿ فصل ﴾

فى المهايأة (وتجوز المهايأة) عند تعذر الاجتماع على الانتفاع وهى لغة مفاعلة من التهيئة وهى الحالة الظاهرة للمتهيئ للشئ والتهايؤ تفاعل منها وهو ان يتواضعوا على امر فيتراضوا به وحقيقته ان كل منهم رضى بهيئة واحدة ويختارها وقيل مفاعلة من التهيأ فكانه يتهيأ لانتفاع به عند فراغ صاحبه والفرق بين القسمة والتهايؤ ان الاول يجمع المنافع فى زمان واحد والثانى يجمع على التعاقب ويجرى فيه جبر القاضى كما فى القسمة فيما يحتملها

وشرعا قسمة المنافع والقياس ان لاتجوز لانها مبادلة المنفعة بجنسها لكنها جازت استحسانا بالاجماع (ويجبر عليها) اى على المهايأة اذا طلبها بعض الشركاء (فى دار واحدة) متعلق بقوله وتجوز وتجبر على سبيل التنازع (بان يسكن هذا) الشريك (بعضا) اى بعض الدار (وهذا) الشريك (بعضا) آخر من الدار (او هذا) يسكن (فى علوها وهذا فى سفلها) لان القسمة على هذا الوجه جائزة (فكذا المهايأة) والتهايؤ فى هذا الوجه افراز يجمع الانصباء لامبادلة ولهذا لايشترط فيه التأقيت ولكل واحد ان يستغل ما اصابه بالمهايأة شرط ذلك فى العقد اولم يشرط لحدوث المنافع على ملكه كما فى الهداية وتجوز المهايأة (فى بيت صغير يسكنه هذا شهرا وهذا شهرا وله) اى لكل واحد منهما (الاجارة) اى اجارة ما اصابه واخذ الغلة (فى نوبته) متعلق بالاجارة لانها قسمة المنافع وقد ملكها فله استغلالها (و) تجوز المهايأة (فى عبد واحد) يخدم العبد (هذا يوما وهذا يوما) لان المهايأة قد تكون فى الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا ولو اختلفا فى التهايؤ من حيث الزمان والمكان فى محل يحتملهما يأمر هما القاضى ان يتفقا لان التهايؤ فى المكان اعدل وفى الزمان اكمل فلما اختلفت الجهة لابد من الاتفاق فان اختاراه من حيث الزمان يقرع فى البداية نفيا للتهمة (و) تجوز المهايأة (فى عبدين يخدم احدهما) اى احد العبدين (احدهما) اى احد الشريكين (و) يخدم العبد (الآخر) الشريك (الآخر) لااشكال على اصلهما لان عندهما تجوز قسمة الرقيق جبرا واختيارا فكذا منفعتهم واما عند الامام والقياس على عدم جواز القسمة يمنع الجواز لكن الصحيح الجواز لقلة التفاوت فى الخدمة بخلاف اعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما بيناه (ولو اتفقا على ان نفقة كل عبد على من يخدمه جاز استحسانا) بخلاف الكسوة لان العادة جرت بالمسامحة فى الطعام دون الكسوة ولقلة التفاوت فى الطعام وكثرتها فى الكسوة فان وقت شيئا من الكسوة معروفا جاز استحسانا لان عند ذكر الوصف ينعدم التفاوت اويقل (و) يجوز (فى دارين يسكن هذا) الشريك (هذه) الدار (و) يسكن (هذا) الشريك (الآخر) الدار (الاخرى) ويجبره القاضى عليه اذا طلبه احد الشريكين وهذا ظاهر لان الدارين عندهما كدار واحدة حتى يجرى الجبر على قسمتهما واما عنده فلان المنافع فيها لاتتفاوت فيجوز ويجبر منهما ويعتبر افرازا كالاعيان المتقاربة بخلاف القسمة وقد قيل لا [illegible] بالقسمة وعنه انه لايجوز التهايؤ فيه اصلا لا بالجبر ولا بالتراضى (ولا يجوز [illegible]) اى التهايؤ (فى دابة) يركب هذا يوما وهذا يوما (او دابتين) يركب هذا هذه وهذا

الاخرى (الا بتراضيهما) عند الامام لان الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم بين حاذق واحذق بخلاف العبد والعبدين لانه يخدم باختياره فلا يتحمل الزيادة على طاقته والدابة تحملها (خلا فالهما) اى عند هما يجوز اعتبارا بقسمة الاعيان (و) يجوز التهايؤ (فى استغلال دار) يستغلها هذ اشهرا ويأخذ غلتها وهذا شهرا ويأخذ غلتها (اودارين هذا هذه) يعنى هذا الشريك يستغل هذه الدار ويأخذ غلتها وهذا الشريك الآخر يستغل الدار الاخرى ويأخذ غلتها فى ظاهر الرواية لان الظاهر عدم التغير (لا فى استغلال عبد اودابة) اى لا يجوز التهايؤ فى استغلا لهما لان النصيبين يتعاقبان فى الاستيفاء فالظاهر التغير فى الحيوان فتفوت المعادلة (ومازاد فى) نوبة (احدهما فى الدار الواحدة) من الغلة على الغلة فى نوبة الآخر (مشترك) لتحقق التعديل بخلاف ما اذا كان التهايؤ على المنافع فاستغل احدهما فى نوبته زيادة لان التعديل فيما وقع عليه التهايؤ حاصل وهو المنافع فلا تضره زيادة الاستغلال من بعد لا فى الدارين وفى الهداية والتهايؤ على الاستغلال فى الدارين جائز ايضا فى ظاهر الرواية ولو فضل غلة احدهما لا يشتركان بخلاف الدار الواحدة والفرق ان فى الدارين معنى التمييز والافراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء وفى الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر فرضا وجعل كل واحد فى نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يردعليه حصته من الفضل (و) يجوز التهايؤ (فى استغلال عبدين هذا هذا) اى يستغل هذا الشريك هذا العبد ويأخذ غلته (وهذا الآخر) اى يستغل الشريك الآخر ويأخذ غلته (لا) يجوز (عند الامام) لان التفاوت فى اعيان الرقيق اكثر من التفاوت من حيث الزمان فى العبد الواحد فالاولى ان يمتنع الجواز والتهايؤ فى الخدمة يجوز ضرورة ولا ضرورة فى الغلة لامكان قسمتها لكونه عينا ولان الظاهر هو التسامح فى الخدمة والاستقصاء فى الاستغلال فلا يتقايسان كما فى الهداية (خلافالهما) اى عندهما يجوز اعتبارا بالتهايؤ فى المنافع (وعلى هذا) الخلاف (الدابتان) حيث منع الامام المهايأة فى بغلتين مثلا وجوزها صاحباه لما ذكر (ولا تجوز المهايأة (فى ثمر شجر ولبن غنم اواولادها) لانها اعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها فلا حاجة الى التهايؤ بخلاف لبن ابن آدم حيث تجوز المهايأة فيه حتى لو كانت جاريتان مشتركة بين اثنين فتها يئا ان ترضع احديهما ولد احدهما والاخرى ولد الآخر جاز لان لبن ابن آدم لا قيمة لها فجرى مجرى المنافع والحيلة فى الثمار ونحوه ان يشترى نصيب شريكه ثم يبيع كلها بعد مضى نوبته او ينتفع باللبن المقدر بطريق القرض فى نصيب صاحبه اذ قرض المشاع

جائزكما فى التبيين (ويجوز) المهايأة (فى عبد ودار على السكنى والخدمة) لان الحق منهما يجوز عند اتحاد الجنس فعند الاختلاف اولى (وكذا) تجوز المهايأة (فى كل مختلفى المنفعة) كسكنى الدار وزرع الارض وكذا الحمام والدار لان كل واحدة من المنفعتين يجوز استحقاقها بالمهايأة (ولا تبطل المهايأة بموت احدهما ولا بموتهما) لانه لو انتقض لاستأنفه الحاكم فلا فائدة فى النقض ثم الاستئناف (ولو طلب احدهما القسمة والآخر المهايأة بطلت) المهايأة فيما يحتمل القسمة لان القسمة اقوى فى استكمال المنفعة

كتاب المزارعة

لما كان الخارج فى عقد المزارعة من انواع مايقع فيه القسمة ذكر المزارعة بعدها وهى مفاعلة من زارع من الزرع وهو القاء الحب ونحوه فى الارض وفى الشرع (هى) اى المزارعة (عقد على الزرع ببعض الخارج) ويسمى المخابرة والمحاقلة ويسميها اهل العراق القراح (وهى) اى المزارعة (فاسدة) عند الامام لان النبى عليه الصلاة والسلام نهى عن المخابرة بالثلث والربع والمخابرة هى الزراعة على لغة اهل المدينة والتخصيص بالثلث والربع للعادة فى هذا الزمان بهما اذا لفساد ثابت فى غيرهما ايضا ولذا قيل فى التعريف ببعض الخارج ولانها فى معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول او معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبى عليه الصلاة والسلام اهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز (وعندهما جائزة) لانه عليه الصلاة والسلام عامل اهل خيبر على نصف مايخرج من ثمر وزرع ولان الحاجة ماسة اليها لان صاحب الارض قد لا يقدر على العمل بنفسه ولا يجد مايستأجره والقادر على العمل لا يجد ارضا ولا مايعمل به فدعت الحاجة الى جوازها فصار كالمضاربة (وبه) اى بقولهما (يفتى) لتعامل الناس وبمثله يترك خبر الواحد والقياس قال الامام الحصيرى وابو حنيفة هو الذى فرع هذه المسائل على اصوله اى على قول من جوز المزارعة كما فى الخلاصة وفى المبسوط ثم التفريع بعد هذا على قول من يجوز المزارعة وعلى اصول ابى حنيفة ان لو كان يرى جوازها لعلمه ان الناس لا يأخذون فيها بقوله لحاجتهم اليها وتعاملهم بها (ويشترط فيها) اى فى المزارعة عند من يجوزها (صلاحية الارض للزرع) لان المقصود وهو الريع لا يحصل بدون كونها صالحة للزراعة (و) يشترط (اهلية العاقدين) لانه لم يصح عقد بدون الاهلية (و) يشترط (تعيين المدة) لتصير المنافع معلومة

كسنة او اكثر فان ذكر وقت لا يتمكن فيه من الزراعة فهى فاسدة وكذا ذكر مدة لا يعيش احدهما الى مثلها غالبا وجوزه بعض وعن محمد بن سلمة انها بلا ذكر المدة جائزة وتقع على سنة واحدة وبه اخذ الفقيه ابو الليث (و) يشترط تعيين (رب البذر) قطعا للمنازعة (و) يشترط تعيين (جنسه) اى البذر ليصير الاجر معلوما اذ الاجر بعض الخارج (و) يشترط تعيين (نصيب الآخر) اى بيان نصيب من لا بذر من جهته لانه اجرة عمله او ارضه فلا بد ان يكون معلوما (و) يشترط (التخلية بين الارض والعامل) لانه بذلك يتمكن من العمل فصار نظير المضاربة لا تصح حتى يسلم المال اليه حتى اذا شرط فى العقد ما يفوت به التخلية وهو عمل رب الارض مع العامل لا يصح (و) يشترط (الشركة فى الخارج) بعد حصوله ليتحقق المعنى المسق من المزراعة وهو الشركة لانها تنعقد اجارة فى الابتداء وشركة فى الانتهاء ثم فرع على هذا الشرط بقوله (فتفسد) اى المزارعة (ان شرط لاحدهما) اى لاحد العاقدين (قفزان) جمع قفيز (معينة) لاحتمال انقطاع الشركة عند اخراج الارض مقدارا مذكورا او قليلا فحينئذ لا يوجد على ما عقد عليه وهو الاشتراك فيما يخرج على الشيوع (او) شرط لاحدهما (ما يخرج من موضع معين) وكون الباقى بينهما لانقطاع الشركة بان لا يحصل حبة الا من موضع مذكور (كالماذيانات) جمع ماذيان وهو معرب وهو اصغر من النهر واعظم من الجدول (والسواقى) جمع ساقية وهى فوق الجدول دون النهر كما فى المغرب فيكون الماذيان والساقية من الالفاظ المترادفة وانما تفسد المزارعة لاحتمال ان لا يخرج الا منهما فيؤدى الى قطع الشركة (او) شرط (ان يرفع قدر البذر) لصاحب البذر وكون الباقى بينهما (او) شرط ان يرفع قدر (الخراج ويقسم ما يبقى) من قدر البذر او قدر الخراج بينهما لانه يؤدى الى قطع الشركة فى بعض معين او فى الجميع لاحتمال ان لا يخرج الا قدر البذر او الخراج والمراد من الخراج الخراج الموظف بان كان الموضوع على الارض دراهم مسماة واما اذا كان الخراج خراج مقاسمة بان كان الموضوع عليها نصف الخارج او ثلثه او نحو ذلك من الجزء الشايع وان اشترطا رفعه لا تفسد المزارعة لانه لا يؤدى الى قطع الشركة (او) شرط (ان يكون التبن لاحدهما والحب للآخر) لانه يحتمل ان تصيبه آفة لا يحصل بها الحب سوى التبن فيؤدى الى انقطاع الشركة فى المق وهو الحب (او يكون الحب بينهما والتبن لغير رب البذر) لانه خلاف مقتضى العقد (او يكون التبن بينهما والحب لاحدهما) بعينه لانه يؤدى الى قطع الشركة فيما هو المق وهو الحب (وان شرط كون الحب بينهما والتبن

(لرب البذر اوشرط رفع العشر) اى عشر الخارج والارض عشرية والباقى بينهما (صحت) المزارعة اما الاولى فيجوز الشركة لوجودها فى الحق ولكون التبن لصاحب البذر على مايقتضيه حكم العقد لانه نماء البذر واما الثانية فلان العشر مشاع فلا يؤدى الى قطع الشركة وكذلك اذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه اوللآخر والباقى بينهما (وان) شرط كون الحب بينهما و(لم يتعرض للتبن) لحصول الشركة فيما هو المرام (فهو) اى التبن (بينهما) وهذا قول مشايخ بلخ اعتبار العرف فيما لم ينص عليه العاقدان ولانه تبع للحب والتبع يقوم بشرط الاصل (وقيل) يكون التبن (لرب البذر) لانه نماء ملكه قال ابن الشيخ فى شرح الوقاية وفى ديارنا لصاحب البقر لكونه علفاله (واجر الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما) اى على العامل ورب الارض (بالحصص) لان الغرم بالغنم (فان شرط) الاجر (على العامل فسدت) المزارعة لانه شرط لايقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما فتفسد (وعن ابى يوسف انه) اى الشرط على العامل (يصح) للتعامل بين الناس اعتبارا بالاستصناع (وهو الاصح وعليه الفتوى) وهو اختيار مشايخ بلخ قال شمس الائمة السرخسى هذا هو الاصح فى ديارنا (وشرطه) اى الاجر (على رب الارض مفسد اتفاقا) لعدم التعامل بذلك (وما) كان (قبل الادراك كالسقى والحفظ فهو على المزارع وان) وصلية (لم يشترط) لان ذلك موجب عقد المزارعة لانه عمل يزادبه الزرع ولاينقص وفى الهداية فالحاصل ان ما كان من عمل قبل الادراك كالسقى والحفظ فهو على العامل وما كان منه بعد الادراك قبل القسمة فهو عليهما فى ظاهر الرواية كالحصاد والدياس واشباهه على مابيناه وما كان بعد القسمة فهو عليهما قال فى العناية لكن فيما هو قبل القسمة على الاشتراك وفيما هو بعدها على كل واحد منهما فى نصيبه خاصة لتميز ملك كل واحد منهما عن ملك الآخر (واذا كان البذر والارض لاحدهما والعمل والبقر للآخر او) كانت (الارض لاحدهما والبقية) من العمل والبذر والبقر (للآخر او) كان (العمل لاحدهما والبقية) من الارض والبذر والبقر (للآخر صحت) المزارعة فى الكل اما الاولى فلان الاستيجار يقع على العمل هنا والبقر آلة للعامل كما يقع الاستيجار فى الخياطة على الخياط ويجعل ابرته آلة لها واما الثانية فلان صاحب البذر استأجر الارض بجزء معلوم من الخارج كاستيجارها بدراهم معلومة واما الثالثة فلان صاحب الارض استأجر العامل ليعمل بآلة المستأجر فصار كما اذا استأجر خياطا ليخيط ثوبه بابرته او طيانا ليطين بمره (وان كانت الارض والبقر لاحدهما والبذر والعمل للآخر بطلت) المزارعة لان رب البذر

يصير مستأجرا بالبذر وانه لايجوز لكون الانتفاع بالاستهلاك او يصير مستأجرا للبقر مع الارض ببعض الخارج وانه لايجوز لعدم التعامل وهو ظاهر الرواية وعن ابى يوسف انه يجوز لما فيه من العادة والقياس يترك به (وكذا) تبطل (لو كان البذر والبقر لاحدهما والارض والعمل للآخر) لان الشرع لم يرد به (او) كان (البذر لاحدهما والباقى) وهو العمل والبقر والارض (للآخر) وانما بطلت لان العامل اجير فلا يمكن ان تجعل الارض تبعا له لاختلاف منفعتهما وههنا صورة اخرى لم يذكرها وهى ان يكون البقر من واحد والباقى من آخر قالوا هى فاسدة لان ذلك استيجار البقر باجر مجهول اذ لا تعامل فى استيجار البقر ببعض الخارج فلا يعلم ما هو اجره بحسب التعامل وفى التنوير دفع رجل ارضه الى آخر على ان يزرعها بنفسه وبقره والبذر بينهما نصفان والخارج بينهما كذلك فعملا على هذا فالمزارعة فاسدة ويكون الخارج بينهما نصفين وليس للعامل على رب الارض اجر ويجب عليه اجر نصف الارض لصاحبها وكذلك تفسد لو كان البذر ثلثاه من احدهما وثلثه من الآخر والربع بينهما على قدر بذرهما (واذا صحت) المزارعة (فالخارج على الشرط) اى فالخارج على ما شرط من النصف او الثلث او نحو ذلك لصحة الالتزام (وان لم يخرج) من الارض شئ (فلا شئ للعامل) لان استحقاقه بالشركة فى الخارج ولا شركة فى الخارج (ومن ابى) اى امتنع (عن المضى) على موجب عقد المزارعة (بعد العقد اجبر) من طرف الحاكم لانها انعقدت اجارة وهى عقد لازم (الا رب البذر) فانه لا يجبر عند الاباء فانه لا يمكنه المضى الا باتلاف ماله وهو القاء البذر على الارض ولا يدرى هل يخرج ام لا فصار نظير ما لو استأجره ليهدم داره ثم امتنع وان امتنع العامل اجبر على العمل لانه لا يلحقه به ضرر كما فى التبيين (وان فسدت) المزارعة (فالخارج لرب البذر) لما مر من انه نماء ملكه (وللآخر اجر مثل عمله) ان كان رب البذر صاحب الارض (او) اجر مثل (ارضه) ان كان البذر من قبل العامل (ولا يزاد) اجر المثل (على ما شرط) اى على المسمى عند الشيخين لوجود الرضى كما فى الاجارة الفاسدة (خلافا لمحمد) فان عنده تجب بالغة ما بلغت لان التسمية عند الفساد تكون لغوا وبه قالت الائمة الثلاثة (وان فسدت) المزارعة (لكون الارض والبقر فقط لاحدهما (لزم اجر مثلهما) اى اجر مثل الارض والبقر لانه استوفى منفعة الارض والبقر بحكم عقد فاسد فيلزم اجر مثلهما (هو الصحيح) احتراز عما قيل يغرم له مثل اجر الارض مكروبة واما البقر فلا يجوز ان يستحق بعقد المزارعة بحال فلا ينعقد العقد عليه لا صحيحا ولا فاسدا ووجوب اجر المثل لا يكون بدون انعقاد العقد

والمنافع لاتتقوم بدونه (واذافسدت) المزارعة بوجه من وجوه الفساد (والبذرلرب الارض فالخارج كله حل له) اى حل له قدر البذر والفضل لانه نماء ملكه (وان) فسدت والبذر (للعامل) لايطيب له الخارج فيه (تصدق بما فضل عن قدر بذره و) قدر (اجرة الارض) لانه حصل من بذره لكن فى ارض مملوك للغير بعقد فاسد فاوجب خبثا كان عوض ملكه سلمه وتصدق بالفضل كما فى الاختيار (واذا ابى رب البذر عن المضى وقد كرب العامل الارض) اى قلبها للحرث (فلاشئ له) اى للعامل فى عمل الكراب (حكما) اى قضاء لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو انما تتقوم بالخارج فاذا فقد الخارج لايجب شئ (ويسترضى) اى الآبى فى عمله (ديانة) على وجه يمكن اذالغرور فى الكراب من جانب الآبى (وتبطل المزارعة بموت احدهما) اى احد العاقدين (وتفسخ بالاعذار كالاجارة) وقدمر الوجه فى الاجارات (وتفسخ) المزارعة (ان لزم دين محوج الى بيع الارض) بان لم يقدر على قضائه الا ببيع الارض (قبل نبات الزرع) لان ذلك عذر وهى تفسخ بالاعذار (لابعده) اى لابعد نبات الزرع (مالم يحصد) اى لونبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض بالدين حتى يستحصد الزرع لان فى البيع ابطال حق المزارع والتأخيراهون من الابطال ويخرجه القاضى من الحبس ان كان حبسه به قال صاحب الدرر ولود فعها ثلث سنين فلما نبت فى الاولى ومات صاحب الارض قبل ادراكه ترك الزرع فى يد المزارع وقسم على الشرط وبطلت المزارعة فى السنتين الاخريين لان فى ابقاء العقد فى السنة الاولى مراعاة حق المزارع والورثة وفى القطع ابطالا لحق العامل اصلا فكان الابقاء اولى واما فى الاخريين فلاحاجة الى الابقاء اذلم ينبت الحق للمزارع فى شئ بعد فعملنا بالقياس (ولاشئ للعامل ان كان كرب الارض اوحفر النهر) لان المنافع لاتتقوم الابالعقد وتقومها بالخارج فلاخارج (وان تمت مدتها) اى المزارعة قبل ادراك الزرع فعلى العامل اجرمثل حصته من الارض حتى يدرك الزرع ويستحصد لان فى قلعه ضررا فيبقى باجر المثل الى ان يستحصد ويجب على رب صاحب الارض بحصته من الاجرة (ونفقة الزرع) ومؤنة الحفظ وكرى الانهار (عليهما) اى على المتعاقدين (بقدر حصصهما) اى على قدر ملكهما بعدانقضاء المدة عليهما لانها كانت على العامل لانه مستأجر فى المدة فاذا مضت انتهى العقد فيجب عليهما لانه مال مشترك بينهما (وايهما انفق بغيراذن الآخر ولاامر قاض فهو متبرع) لان كل واحد منهما غيرمجبور على الانفاق ولايقال هومضطر الى ذلك لاحياء حقه لانه

يمكنه ان ينفق بامر القاضي فصار كالدار المشتركة (وليس لرب الارض اخذ الزرع بقلا) لما فيه من الاضرار بالمزارع (وان اراد المزارع ذلك) اى اخذ الزرع بقلا (قيل لرب الارض اقلع الزرع ليكون بينكما او اعط نصيبه) اى المزارع (او انفق) انت (على الزرع وارجع فى حصته) اى ارجع عليه بما انفقته فى حصته لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود النهى نظر للعامل وقد ترك النظر لنفسه ورب الارض بين هذه الخيارات لان بكل ذلك يستدفع الضرر كما فى الهداية (ولو مات رب الارض والزرع بقل فعلى العامل العمل الى ان يدرك) لان العقد ثمه يبقى فى مدته وموجبه عليه الى ادراكه وحصاده (وان مات العامل) والزرع بقل (فقال وارثه انا اعمل الى ان يستحصد فله) اى للوارث (ذلك) اى ان يعمل مكانه نظرا للورثة (وان) وصلية (ابى رب الارض) ولا اجر للوارث بمقابلة عمله لانه قام مقام العامل وهو لا يستحق الاجر فى المدة كأن الوارث وربه مع مالزم عليه من العمل فان اراد الوارث قلع الزرع لم يجبر على العمل والعامل على الخيارات الثلث لما بينا لكن لو رجع المالك بالنفقة يرجع بكلها اذ العمل على العامل مستحق لبقاء العقد كما فى الكفاية وفى التنوير العلة فى المزارعة مطلقا اى صحيحة او فاسدة امانة فى يد المزارع فلا ضمان لو هلكت ومثله المعاملة واذا قصر المزارع فى سقى الزرع حتى هلك الزرع لم يضمن فى الفاسدة ويضمن فى صحيحه

كتاب المساقاة

لا يخفى عليك انه كان المناسب ان يقدم المساقاة على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ولورود الاحاديث فى معاملة النبى عليه السلام باهل خيبر غير ان اعتراض موجبين صوب اراد المزارعة قبل المساقاة احدهما شدة الاحتياج الى معرفة احكام المزارعة لكثرة وقوعها والثانى كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة الى المساقاة والمساقاة من المزارعة كما فى النتف واما آرعلى المعاملة التى هى لغة اهل المدينة لانها اوفق بحسب الاشتقاق ولم يفرق بين معناها اللغوى والشرعى فالتفرقة من الظن كما فى القهستانى (هى دفع الشجر الى من يصلحه بجزء معلوم من ثمره) اى الشجر (وهى) المساقاة (كالمزارعة حكما) حيث يفتى على صحتها (وخلافا) حيث تبطل عند الامام وتصح عندهما كالمزارعة وبه قالت الائمة الثلاثة (وشروطا) يمكن اشتراطها فى المساقاة كذكر نصيب العامل والشركة فى الثمر والتخلية بين العامل والشجر واما بيان البذر ونحوه فلا يمكن فى المساقاة (الا المدة فانها) اى المساقاة تصح بلا ذكرها

اى بلا بيان المدة استحسانا فان لادراك الثمر وقتا معلوما وقل مايتفاوت فيه فيدخل فيه ماهو المتيقن به وادراك البذر فى اصول الرطبة فى هذا بمنزلة ادراك الثمار لان له نهاية معلومة فلايشترط فيه بيان المدة بخلاف الزرع فى ظاهر الرواية لان ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وصيفا وربيعا والانتهاء بناء عليه فتدخله الجهالة الفاحشة قال صاحب المنح وغيره وشروطها الا فى اربعة اشياء احدها اذا امتنع احدهما يجبر عليه اذلا ضرر عليه فى المضى بخلاف المزارعة والثانى اذا انقضت المدة يترك بلااجر ويعمل بلا اجر وفى المزارعة باجر والثالث اذا استحق النخيل يرجع العامل باجر مثله وفى المزارعة بقيمة الزرع والرابع مابين فى المتن (وتقع) مدة المساقاة (على) مدة (اول ثمرة تخرج) فى هذه السنة فاول المدة وقت العمل فى الثمر المعلوم وآخرها وقت ادراكه المعلوم فيجوز وفى المنح والفتوى على انه تجوز وان لم يبين المدة فتكون له ثمرة واحدة فلولم يخرج فيها انقضت المساقاة (و) تقع (فى رطبة على ادراك بذرها) اى دفع الرطبة لادراك البذر كدفع الشجر لادراك ثمر يعنى اذا دفعها بعد ماتناهى نباتها ولم يخرج بذرها فيقوم عليها ليخرج البذر فهو جائز كما فى القهستانى (ولودفع نخيلا اواصول رطبة ليقوم عليها) معناها حتى يذهب اصولها اوينقطع نباتها لانه لايعرف متى ذلك (اواطلق فى الرطبة) يعنى لم يقل حتى يذهب اصولها (فسدت) المعاملة لانه لايعلم وقت اول جزء منها حتى لوعرف جاز كما لو اطلق فى النخل فانه ينصرف الى الثمرة الاولى (ويفسدها) اى المساقاة (ذكر مدة لايخرج الثمر فيها) اى فى المدة لفوات المقصود وهو الشركة فى الخارج فللعامل اجر المثل (وان احتمل خروجها) اى خروج الثمر فيها (وعدمه) اى عدم خروجها فيها (جازت) المساقاة لاحتمال حصول المق (فان خرج الثمر فيها) اى فى المدة (فعلى الشرط) الذى شرطاه لتحقق المرام (وان تأخر عنها) اى عن المدة (فسدت) المساقاة (وللعامل اجر مثله) لفساد العقد لانه تبين الخطأ فى المدة المسماة فصار كما اذا علم فى الابتداء كما فى الهداية وفى المنح كلام فان شئت فارجع اليه (وكذا) اى للعامل اجر مثله (كل موضع فسدت) المساقاة (فيه) لانها فى معنى الاجارة الفاسدة (وان لم يخرج شئ) من الثمر (فلاشئ له) اى للعامل بناء على جواز ان لايخرج ابدا لآفة سماوية فلم يتبين الخطأ فى المدة وفى القهستانى هذا عند ابى يوسف (وقالا له اجر المثل ويصح المساقاة فى النخل والكرم والشجر والرطاب) يعنى البقول كالكراث والاسفاناخ ونحوهما (واصول الباذنجان) عندنا لحاجة الناس فى كلها لافى بعضها وانما ذكر الشجر هنا مع انفهامه مما سبق وذكر النخل

مع دخوله فى الشجر ردا للشافعى اذعنده لايجوز فى الشجر ويجوز فى النخل والكرم لوقوع الاثر فيهما لافى غيرهما (فان كان فى الشجر ثمر ان كان الثمر يزيد بالعمل صحت) المساقاة (والا) اى ان لم يزد بالعمل بان انتهى الثمر (فلا) يصح لان العامل لايستحق الاجر الابالعمل ولااثر للعمل بعد التناهى لان جوازه قبل التناهى للحاجة على خلاف القياس ولاحاجة الى مثله فبقى على الاصل (وكذا فى المزارعة اذادفع ارضا فيها بقل) فانها تجوز وان استحصد وادرك لم تجز لماقررناه قبيله والاصل ان المعاملة متى عقدت على ماهو فى حد النمو والزيادة صحت واذا عقدت على ماتناهى عظمه وصار بحال لايزيد فى نفسه بسبب عمل العامل لاتصح وانما يعرف خروج الاشجار عن حد الزيادة اذابلغت واثمرت كما فى المنح (وماقبل الادراك كالسقى والتلقيح والحفظ فعلى العامل) لانه من تمام عمله (ومابعده) اى بعد الادراك (كالجذاذ) اى القطع (والحفظ) بعد الجذاذ (فعليهما) لان الثمر بعد الادراك صار ملكا مشتركا فيه فيشتركان فى نحو هذا العمل بقدر الحصص (ولوشرطه) اى مايعمل بعده (على العامل فسدت) المساقاة (اتفاقا) لانه شرط لايقتضيه العقد وفيه منفعة للآخر فيكون مفسدا (وتبطل) المساقاة (بموت احدهما) اى احد العاقدين (فان كان الثمر خاما) اى نيالكن فى الفرائد كلام ان شئت فارجع اليه (عند الموت او تمام المدة) على تقدير ذكر المدة فيها (يقوم العامل اووارثه عليه) كما كان يقوم قبل ذلك الى ان يدرك الثمر قال ابن الشيخ فى شرح الوقاية ان مات الدافع فى حال ان الثمر نى يقوم العامل عليه كما قام وان مات العامل والثمر نى يقوم وارث العامل عليه كما قام مورثه (وان) صلية (ابى الدافع) على كونه حيا (اوورثته) ان ميتا اى ليس لهما المنع من ذلك استحسانا كما فى المزارعة لان فى منعه الحاق الضرر به فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولاضرر للدافع ولاعلى ورثته (فان اراد) العامل (صرمه) اى قطعه (بسرا) والمناسب ان يقول نيا (خير الآخر) ان حيا (اووارثه) ان ميتا (بين ان يقسموم) اى البسر (على الشرط اويدفعوا قيمة نصيبه) اى نصيب العامل من البسر (اوينفقوا) على البسر (حتى يبلغ ويرجعوا عليه) بما انفقوا فى حصة العامل من البسر لانه ليس له الحاق الضرر بهم (كما مر فى المزارعة) على هذا الوجه وقد بينا ههنا وجه الخيار فيها فلا نعيد (ولاتفسخ) المساقاة (بلاعذر) لان المساقاة تنعقد اجارة وتتم شركة فيكون انفساخ عقدها بما تفسخ الاجارة به (ومرض العامل اذا عجز عن العمل عذر) وفى الهداية ومن الاعذار مرض العامل اذا كان يضعفه عن العمل لان فى الزامه استيجار الاجراء زيادة ضرر عليه

ولم يلتزمه فيجعل عذرا ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان وتأويل احدهما ان يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته (وكذا كونه) اى العامل (سارقا يخاف منه على الثمر والسعف) قبل الادراك لانه يلزم صاحب الارض ضرر لم يلتزمه فتفسخ به (ولو دفع فضاء) اى ارضا بيضاء الى رجل (مدة معلومة لمن يغرس) فيها شجرا (لتكون الارض والشجر بينهما لا يصح) لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا للدافع قبل الشركة بلا عمله (والشجر) الذى يغرس (لرب الارض) لوقوع الغرس بالتراضى فيتبع الارض لاتصاله بها (وللغارس قيمة غرسه و) اجر مثل (عمله) لانه ابتغى لعمله اجرا وهو نصف الارض اونصف الخارج ولم يحصل له منه شئ فيجب عليه اجر مثله قيل حيلة الجواز ان يبيع نصف الاغراس بنصف الارض ويستأجر صاحب الارض العامل تلث سنين مثلا بشئ قليل ليعمل فى نصيبه وفى التنوير ذهبت الريح بنواة رجل والقتها فى كرم آخر فنبتت منها شجرة فهى لصاحب الكرم وكذا لو وقعت خوخة فى ارض غيره فنبتت وفى المنح دفع كرمه معاملة بالنصف ثم زاد احدهما على النصف ان زاد صاحب الكرم لا يجوز لانه هبة مشاع وان زاد العامل يجوز لانه اسقاط

كتاب الذبايح

وجه المناسبة بين المساقاة والذبايح اصلاح مالا ينتفع به بالاكل فى الحال للانتفاع فى المآل (الذبيحة اسم لما يذبح) مجازا باعتبار مايؤل لان الذبيحة اسم لما ذبح اولما اعد للذبح كما فى شرح الكنز للعينى والقهستانى والذبيحة مايستذبح من النعم فانه منتقل الى الاسمية من الوصفية اذ الذبيح اسم ماذبح فليس الذبيحة المذكاة كما ظن والمراد ذبح الذبايح (والذبح) فى الشرع (قطع الاوداج) جمع ودج والمراد الودجان والحلقوم والمرئ وانما عبر عنه بالاوداج تغليبا كما ورد فى الحديث قال ابن الشيخ فى شرح الوقاية الذبايح جمع ذبيحة وهى اسم لمذبوح والذبح بالفتح مصدر ذبح اذا قطع الاوداج وبالكسر اسم كالذبيحة والذكاة الذبح هى اسم من ذكى الذبيحة تذكية اذا ذبحها قال حرم ذبيحة لم تذك قيل يراد بالذبيحة معناه المجازى فالمعنى حرم حيوان من شانه الذبح اذا لم يذبح فتخرج السمك والجراد اذ ليس من شانهما الذبح وقيل يراد بها معناها الحقيقى فالمعنى حرم مذبوح لم يذك بمعنى لم يذكر اسم الله تعالى عليه فهذا الايتناول حرمة ماليس بمذبوح كالمتردية والنطيحة ونحوهما تناولا ظاهرا وقيل المعنى حرم مذبوح لم يذبح ذبحا شرعيا فحينئذ يفهم حرمة مثل المتردية والنطيحة بطريق

الدلالة فنما كان حراما اذالم يذك حال كونه مذبوحا فحرمة مالم يذك حال عدم كونه مذبوحا احرى واليق وحكمه الى الفهم اسبق لكن لايخرج منه السمك يقل حمل الذبيحة على معناها المجازى اولى من الحمل على معناها الحقيقى اذفى تناول الحقيقى لحرمة بعض الصور تكلف وفى اخراج مالم يذبح منه تعسف (وتحل ذبيحة مسلم وكتابى ذمى اوحربى) اما المسلم فلقوله تعالى الاماذكيتم والخطاب للمسلمين واما الكتابى فلقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم والمراد به مذكاتهم لان مطلق الطعام غير المذكى يحل من اى كافر كان وفى المنح المولدين كتابى ومجوسى تحل ذكاته وفى التجريد ولواهل نصرانى حل اكل ذبيحتهم لكن فيه كلام قدقررناه فى النكاح (ولو) كان الذابح (امرأة اوصبيا اومجنونا يعقلان) حل الذبيحة بالتسمية و يضبطان شرائط الذبح و يقدران على الذبح والاصلاح فمن لايعقل ولايضبط لاتحل ذبيحته (او) كان الذبح (اخرس) لان الاخرس عاجز عن الذكر فيكون معذورا وتقوم الملة مقام تسميته كالناسى بل اولى (او اقلف) وانما ذكر الاقلف مع ان حل ذبيحته يفهم مماسلف احترازا عن قول ابن عباس رضى الله عنهما فانه يقول شهادة الاقلف وذبيحته لاتجوز منعا عن ترك الختن بلاعذر (لا) تحل (ذبيحة وثنى) لانه مشرك كالمجوس وهو الذى يعبد الوثن وهو الصنم هذا عندهما واما عنده تحل لكن لاخلاف حقيقة على مامر فى النكاح (اومجوسى) لانه مشرك ليس له احتمال ملة التوحيد (اومرتد) لانه لاملة له حيث ترك ماعليه ولم يقر على ماانتقل اليه عندنا بخلاف اليهودى اذاتنصر او بالعكس اوتنصر المجوسى اوتهود لانه يقر على ماانتقل اليه عندنا فيعتبر ماهو عليه عند الذبح حتى لوتمجس يهودى اونصرانى لايحل صيده ولاذبيحته (اوتارك التسمية) حال كونه (عمدا) مسلما كان او كتابيا عندنا لقوله تعالى ولاتأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه خلافا للشافعى لقوله تعلى الاماذكيتم قال ابو يوسف والمشايخ على ان متروك التسمية عامدا لايسع فيه الاجتهاد ولوقضى القاضى بجواز بيعه لاينفذ وفى شرح الوقاية لصدرالشريعة تفصيل ولحاشيته للآخر مناقشة فليراجعهما وفى الهداية لكونه مخالفا للاجماع وفى القهستانى وفيه اشعار بان التسمية شرط للحل و يدخل فيه كل اسم من اسمائه تعالى فلوقال الله اوغيره مريدا له جاز فلوسمى ولم ينو الذبح لم يحل و الاحسن بسم الله والمستحب عند البقالى بسم الله والله اكبر وكذا عند الحلوانى الا انه كرهه مع الواو ولكن المنقول عن الاثر بالواو فلا يكره وانما حل الاكل الاسمى على الذبيحة لانه

لوسمى عندالذبح لافتتاح عمل لم يحـل لما فى التنوير ولوسمى ولم يحضره النية صح بخلاف مالوقصدبالتسمية التبرك فى ابتـداء الفعل فانه لايصح كمالوقال الله اكبر واراديه متـابعات المؤذن فانه لايصير شارعا فى الصلوة وان لم يـكن له نية فى التسمية يحل وكذا اذافصل بينه وبين التسمية بعمل كثير لم يحل وكذا لوسمى وذبح لقدوم الامير اوغيره من العظمـاء لا يحل لانه ذبح تعظيما له لا لله تعالى بخلاف مااذاذبح للضيف فانه لله تعـالى (فان تركها) اى التسمية (ناسيا تحل) ذبيحته لان النسيان مرفوع حكمه خلافا لمالك (وكره) المـذبوح (ان يذكرمع اسم الله تعالى غيره وصلا دون عطف) مثل ان يقول بسم الله محمد رسـول الله بالرفع لا نه غيرمذكور على سـبيل العطـف فيكون مبتدأ لكن يكره لوجود القرآن والوصل صورة وان قال بالخفض لايحل قيل هذا اذاكان يعرف النحواكل ذبيحتهم (و) كره (ان يقول بسم الله اللهم تقبل من فلا ن) فانه لايحرم لان الشركـة لم توجد ولم يكن الذبح واقعـا عليه ولـكـنه يكره لماذكرناقبيله (فان قاله) اى قوله اللهم تقبل من فلان (قبل الاضجـاع) او بعد الاضجاع (او) قبل (التسمية اوبعد الذبح لايكره) لماروى عن النبي عليـه السـلام انه اذااراد ان يذبح اضحيته يقول هذا منك ولك ان صلوتى ونسـكى ومحيـاى ومماتى لله رب العـالمين لاشريك له وبذلك امرت وانا اول المسلمـين بسم الله والله اكبر كماقررناه فى الحج ثم يذبح ويقول بعده اللهـم تقبل هـذا من امة محمد ممن شهدلك بالواحدانية ولى بالبلاغ (وان عطف حرمت ذبيحته نحو بسم الله وفلان بالجر) قال العينى فى شرح الكنز والاوجه ان لا يعتبر الاعراب بل يحرم اكل الذبيحة مطلقا بالعطف نحو ان يقول بسم الله واسم فلان وبسم الله ومحمد رسول الله بالخفض ولورفع المعطوف على اسم الله تحل واختلفوا فى النصب ويكره فيهما بالاتفاق لوجود الوصل صورة (وكذا) تحرم (ان اضجع شـاة وسمى) ثم تركها ولم يذبحها (وذبح غيرها) اى غير الشاة (بتلك التسمية) لان التسمية فى الذبح مشروطة على الذبيحـة ولم تقع على الثانية فتحرم (وان ذبحهـا) اى الذبيحة الاولى (بشفرة اخرى حلت) لانه لا اعتبار باختلاف الآلة هنا (وان رمى الى صيد وسمى فاصاب) السهم (غيره) اى غير ذلك الصيد (اكل) لان التسمية هنا على الآلة لان التكليف بحسب الوسع والذى فى وسعه هوالرمى دون الاصابة على ماقصده (وان سمى على سهم ورمى بغيره) اى بغير ذلك السهم الذى سمى عليه (لايؤكل) لانه لم يعلق التسمية على ذلك الغير فكان رميه بلاتسمية (والارسال) اى ارسال الكلب والجارح (كالرمى) حكما فلو ارسل كلبه الى صيد وسمى فترك الكلب ذلك الصيد فاخـذ غيره حل لتعليق التسمية بالآلة

بخلاف ما اذا ارسل كلبا وسمى ثم ترك وارسل آخر فاصاب لا يؤكل لعدم وجود التسمية على الآلة وهو الشرط وفي المنح ويشترط التسمية حال الذبح عند الذبح وفي الرمي عند الرمي وفي الارسال عند الارسال والمعتبر الذبح عقيب التسمية قبل تبدل المجلس (والشرط) في التسمية (الذكر الخالص) المجرد عن شوب الدعاء وغيره قال ابن مسعود رضي الله عنه جردوا التسمية ثم فرعه بقوله (فلو قال) عند الذبح (اللهم اغفرلي لا تحل) لانه دعاء وسؤال (وبالحمد لله وسبحان الله) يريد به التسمية (يحل) لانه ذكر خالص فيقوم مقام التسمية (لا) يحل في الاصح (لو عطس) عند الذبح (وحمده) لانه يريد الحمد لله على النعمة دون التسمية بخلاف الخطبة حيث يجزيه ذلك عن الخطبة اذا نوى لان المذكور ذكر الله تعالى مطلقا وفي الذبيحة المأمور به هو الذكر على المذبوح وفي المنح وفي قواعد صاحب البحر واما النية في الخطبة للجمعة فشرط صحتها حتى لو عطس بعد صعود المنبر فقال الحمد لله للعطاس غير قاصد لها لم تصح (والسنة نحر الابل) اي قطع عروقها الكائنة في اسفل عنقها عند صدورها لان موضع النحر عنها لا لحم عليه وماسوى ذلك من الحلق عليه لحم غليظ فالنحر اسهل من الذبح (وذبح البقر والغنم) لان اسفل الحلق واعلاه سواء في اللحم منهما والذبح ايسر (ويكره العكس) اي ذبح الابل ونحر البقر والغنم لترك السنة المتوارثة لقوله تعالى ان الله يأمركم ان تذبحوا بقرة وقال تعالى وفديناه بذبح عظيم وقال تعالى فصل لربك وانحر اي انحر الجزور (ويحل) لوجود شرط الحل وهو قطع العروق وانهار الدم والسنة ان ينحر البعير قائما ويذبح الشاة مضطجعة وكذا البقر (والذبح) اي قطع اوداج (بين الحلق) هو الحلقوم على مافي الهداية (واللبة) بفتح اللام والباء المشددة هي المنحر من الصدر على مافي الكافي والهداية موافقا لرواية المبسوط وفي الخانية محل الذكوة الحلق كله لقوله عليه السلام الذكوة مابين اللبة واللحيين وهو الموافق لرواية الجامع الصغير انه لا بأس بالذبح في الحلق اعلاه واسفله واوسطه وعن هذا قال (اعلى الحلق او اسفله او اوسطه) فيكون عطف بيان لقوله بين قال ابو المكارم وفي الكافي ان ما بينهما هو الحلق كله وقد سبق ان الحلق هو الحلقوم فظهر فساد مافي الكفاية من ان مقتضى رواية الجامع ان الذبح لو وقع في اعلى من الحلقوم كان المذبوح حلالا لكونه مابين اللبة واللحيين وقد صرح في الذخيرة ان الذبح اذا وقع في اعلى من الحلقوم لا يحل انتهى لكن قال القهستاني والحلق في الاصل الحلقوم استعمل في بعض العنق بعلاقة الجزئية لقرينة رواية المبسوط والذخيرة وكلام التحفة والعتابي والكافي والمضمرات يدل على ان الحلق

يستعمل فى العنق بعلاقة الجزئية بقرينة رواية الجامع فالمعنى من مبدأ الحلق واللبة فالمذبح عندالاولين من العقدة وعندالآخرين من اصل العنق فمن الظن الفاسد افساد كلام الكفاية بناء على كلام الآخرين مع انه حمله على خلاف مراده حيث نقله هكذا مقتضى رواية الجامع ان الذبح لووقع فى اعلى من الحلقوم كان المذبوح حلالا وكلامه هكذا هذه الرواية تقتضى ان يحل وان وقع الذبح فوق الحلق قبل العقدة ولوجعل بين بمعنى فى كما فى الكرمانى لم يستقم كمالا يخفى (وقيل لايجوز فوق العقدة) وانما اتى بصيغة التمريض لمخالفته ظاهر الحديث الذى مر آنفا (والعروق) اى عروق الذبح الاختيارى كما فى اكثر الكتب لكن بعيد بل الاولى عروق الحلق فى المذبح كما فى القهستانى (التى تقطع فى الذكوة) اربعة (الحلقوم) مجرى النفس (والمرئ) مهموز اللام فعيل مجرى الطعام والشراب اصله رأس المعدة المتصلة بالحلقوم كما فى الديوان وغيره لكن فى الطلبة ان الحلقوم مجرى الطعام والمرئ مجرى الشراب وفى العينى ان الحلقوم مجريهما وفى المبسوطين انهما عكس ماذكرنا موافق لمافى الهداية فانه قال واما الحلقوم فيخالف المرئ فانه مجرى العلف والماء والمرئ مجرى النفس (والودجان) تثنية ودج بفتحتين عرقان عظيمان فى جانبى قدام العنق بينهما الحلقوم والمرئ (ويكفى قطع ثلثة منها) اى من الاربعة (اياكانت) عندالامام لان للاكثر حكم الكل وبه كان يقول ابو يوسف اولا ثم رجع الى ماسيأتى (وعندمحمد) كما فى المحيط وغيره وفى الهداية وعن محمد (لابد من قطع اكثر كل واحد منها) اى من اربعة وهو رواية عن الامام لان كل واحد منهما منفصل عن الآخر والامر ورد بقطعه فقام الاكثر مقام الكل (وعندابى يوسف لابدمن قطع الحلقوم والمرئ) ولايكتفى بواحد منهما (واحد الودجين) لان كلا منهما مخالف للآخر ولابدمن قطعهما واما الودجان فالمق من قطعهما انها رالدم فينوب احدهما عن الآخر وعند الشافعى قطع الودجين ليس بشرط وعند مالك لابد من قطع الكل (وقيل محمد معه) اى مع ابى يوسف وفى الهداية المشهور فى كتب اصحابنا ان هذا قول ابى يوسف وحده وكون محمد معه رواية القدورى فى مختصره (ويجوز الذبح بكل ماافرى الاوداج) اى قطع العروق واخرج مافيها من الدم لان المراد من الاوداج ههنا كل الاربعة تغليبا (وانهر الدم) يعنى اساله من نهر الماء فى الارض سال (ولو) وصلية (مروة) بكسر الميم اى يجوز الذبح بها وهى حجر ابيض يذبح بها كالسكين (اوليطة) بكسر اللام وسكون الياء هى قشر القصب (اوسنا اوظفرا منزوعين) اذ بهما تحل الذبيحة مع

الكراهة عندنا لقوله عليه السلام انهر الاوداج بماشئت و يروى افر الاوداج بماشئت (لا) تحل (بالقائمين) اى متصلين بموضعهما وعند الشافعى الذبيحة ميتة ولو كانا منزوعين لقوله عليه السلام ماخلا الظفر والسن واما السن فعظم واما الظفر فمدى الحبشة ونحن نحمله على غير المنزوع فانه الصادر من الحبشة (وندب احداد الشفرة قبل الاضجاع) لورود الاثر وان يضجع بالرفق وعلى اليسار و يوجه الى القبلة و يشد منها ثلث قوائم فقط و يذبح باليمين و يسرع على الذبح واجراء الشفرة على الحلق (وكره بعده) اى بعد الاضجاع اشفاقا على المذبوح (وكذا كره جرها برجلها) اى الذبيحة (الى المذبح) ارفاقا لها (والنخع) بفتح النون وسكون الخاء المعجمة وهو ان يصل الى النخاع وهو خيط ابيض فى جوف عظم الرقبة لزيادة الم بلاحاجة اليه وقيل ان يمد رأسها حتى يظهر مذبحها وقيل ان يكسر رقبتها قبل ان يسكن من الاضطراب (و) كره (قطع الرأس والسلخ قبل ان تبرد والذبح من القفاء) اذهو عذاب فوق العذاب (وتحل) الذبيحة لو ذبحها من القفاء (ان بقيت حية حتى قطعت العروق) ليتحقق الموت بماهو ذكوة كما اذا جرحها ثم قطع الاوداج (والا) اى ولم تبق بل ماتت قبل قطع العروق فلا تحل ولا تؤكل لوجود ماليس بذكوة كالو ماتت حتف انفها (ولزم ذبح صيد استأنس) كالظبى اذا تألف فى البيت فانه يذبح لامكانه (وجاز جرح نعم) بفتحتين مثل الغنم والابل والبقر (توحش) بان تدعن اهله ودخل فى البادية وصار وحشيا لان الذكوة الاختيار بة تعذرت فيذكى بالجرح فى بدنه حيث اتفق كالصيد (اوتردى) حيوان فى بئر اذا لم يمكن ذبحه فانه يجرح و يؤكل اذا علم بموته من الجرح والا او ان اشكل ذلك اكل لان الظاهر ان الموت منه وكذا الدجاجة اذا تعلقت على شجرة وخيف موتها صارت ذكوتها الجرح ثم ان النص اطلق الجواب فيما توحش من الغنم وكذا فيما تردى وعن محمد ان الشاه اذا ندت فى المصر لا تحل بالعقر وان ندت فى الصحراء تحل بالعقر وفى الابل والبقر يتحقق العجز فى المصر والصحراء فيحل بالعقر وقال مالك يلزم الذبح فى الوجهين لا الجرح لان ذلك نادر ولا عبرة للنادر فى الاحكام (ولا يحل الجنين بذكوة امه اشعر اولا) حتى لو نحر ناقة اوذبح بقرة وشاة فخرج من بطنها جنين ميت لم تؤكل عند الامام وزفر وحسن بن زياد لانه مستقل فى حيوته فيشترط فيه ذكوة استقلالية (وقالا تحل ان تم خلقه) لقوله عليه السلام ذكوة الجنين ذكوة امه وبه قالت الائمة الثلاثة

﴿ فصل ﴾

فيما تحل اكله ومالا يحل (ويحرم اكل كل ذى) اى صاحب (ناب)

هو حيوان ينتهب بالناب كالذئب من سبع هو كل جارح منتهب قاتل (او) يحرم كل ذى (مخلب) يختطف بالمخلب كالبازى من الطير فكان من شانهما الايذاء بالناب والمخلب وهو المؤثر فى الحرمة وقوله (من سبع) بيان لقوله ذو ناب وقوله (او طير) بيان لقوله ذى مخلب والمراد من ذى ناب الذى يصيد بنابه ومن ذى مخلب الذى يصيد بمخلبه لا كل ذى ناب ومخلب فان الحمامة لها مخلب والبعير له ناب لما روى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما نهى صلى الله عليه وسلم عن اكل كل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير (ولو ضبعا او ثعلبا لانهما من السابع فلا يؤكل لحمهما كالذئب والنمر والفهد والكلب والسنور اهليا او بريا فيكون الحديث حجة على الائمة الثلاثة فى اباحة اكلهم (و) يحرم اكل (الحمر الاهلية) لما روى ان النبى عليه السلام حرم لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر بخلاف الوحشية فانها يحل اكلها وعند مالك يحل ايضا فى الاهلية (والبغال) لانه متولد من الحمار وان كانت امه فرسا كان على الخلاف المعروف فى لحوم الخيل وان كانت امه بقرة يؤكل بلا خلاف لان المعتبر فى الحل والحرمة الام فيما تولد من مأكول وغير مأكول (والفيل) لانه ذو ناب (والضب) لانه من السباع خلافا للائمة الثلاثة (واليربوع وابن عرس) يقال لها بالفارسى راسو لانهما من سباع الهوام خلافا للشافعى (والزنبور) لانه من المؤذيات (والسلحفاة) البرية والبحرية لانها من الخبائث (والحشرات) الصغار من الدواب جمع الحشرة كالفأرة والوزغة وسام ابرص والقنفذ والحية والضفدع والبرغوث والقمل والذباب والبعوض والقراد لانها من الخبائث وقد قال الله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما روى من اباحة الضب محمول على الابتداء قبل تحريم الخبائث فالمؤثر فى الحرمة الخبث الخلقى كما فى الهوام او بعارض كما فى الجلالة كبقرة تتبع النجس قيل الحكمة فى حرمة هذه الحيوانات كرامة بنى آدم كيلا يتعدى شئ من الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل وفى الحاوية لا بأس بدود الزنبور قبل نفخ الروح فيه لان ما لا روح له لا يسمى ميتة واعلم ان الحشرات محرمة عندنا حلال مكروه عند غيرنا وان شاة لو حلبت من كلب ورأس ولدها رأس الكلب اكل الارأسه ان اكل العلف دون اللحم او صاح صياح الغنم لا الكلب اواتى بالصوتين وكان له الكرش لا الامعاء كما فى القهستانى (ويكره الغراب الابقع) الذى يأكل الجيف (والغداف) بضم الغين المعجمة والدال المهملة وفى آخره فاء نوع من الغراب لاكلهما الجيف (والرخم) جمع رخمة وهو طير ابلق يشبه النسر فى الخلقة (والبغاث) وهو طائر صغير يشبه

العصفور لانهما يأكلان الجيف (و) يكره اكل لحم (الخيل تحريما) اى كراهة تحريم عند الامام (فى الاصح) كما فى الخلاصة والهداية وهو الصحيح كما فى المحيط وغيره وهو قول ابن عباس رضى الله تعالى عنهما وبه قال مالك لانه عليه السلام نهى عن لحم الخيل والبغال والحمير كما فى الكرمانى وغيره وحكى عن عبد الرحيم الكرمينى انه قال كنت مترددا فى هذه المسئلة فرأيت اباحنيفة فى المنام يقول لى كراهة تحريم ياعبد الرحيم وقيل انه رجع قبل موته بثلثة ايام عن حرمة لحمه وعليه الفتوى كما فى كفاية البيهقى ثم انه مكروه كراهة تنزيه فى ظاهر الرواية وهو الصحيح على ماذكره فخر الاسلام وغيره (وعندهما) والشافعى واحمد (لايكره الخيل) لحديث جابر رضى الله تعالى عنه انه قال واذن فى لحم الخيل يوم خيبر (وحل العقعق) لانه يخلط فى اكله فاشبه الدجاج وعن ابى يوسف انه يكره لان غالب ماكوله الجيف والاول اصح (وغراب الزرع) لانه يأكل الحب وليس من سباع الطير ولا من الخبائث فحاصله ان الغراب ثلثة انواع نوع يأكل الحب فقط وهو ليس بمكروه ونوع يأكل الجيف فقط وهو مكروه ونوع يأكل الحب مرة والجيف اخرى وهو غير مكروه عند الامام ومكروه عند ابى يوسف (والارنب) لانه عليه السلام امر اصحابه ان يأكلوه حين اهدى اليه مشويا وكذا الوبر كما فى شرح الكنز للعينى وفى النهاية وذكر فى بعض المواضع ان الخفاش يؤكل وذكر فى بعضها لايؤكل لان له نابا (ولا يؤكل من حيوان الماء) وهو الذى يكون مثواه وعيشه فى الماء عندنا لقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث (الا السمك بانواعه) غير الطافى وقال مالك وجماعة باطلاق جميع مافى البحر واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والانسان وعن الشافعى انه اطلق ذلك كله والخلاف فى الاكل والبيع واحد لهم قوله تعالى احل لكم صيد البحر من غير فصل وقوله صلى الله عليه وسلم فى البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولانه لادم فى هذه الاشياء اذ الدموى لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فاشبه السمك ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وماسوى السمك خبيث ونهى رسول الله عليه السلام عن دواء يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما تلا محمول على الاصطياد وهو مباح فيما لايحل والميتة المذكورة فيما روى محمول على السمك وهو حلال مستثنى عن ذلك لقوله عليه السلام احلت لنا ميتتان ودمان اما الميتتان فالسمك والجراد واما الدمان فالكبد والطحال (كالجريث) بكسر الجيم وتشديد الراء نوع من السمك غير المارماهى (والمارماهى) وانما افردهما بالذكر لمكان الخفاء فى كونهما من جنس السمك ولمكان الخلاف فيهما لمحمد

ذكره صاحب المغرب وماقيل ان الجريث كان ديوثا يدعو الناس الى حيثيته فمسخ الله تعالى به فممنوع لان الممسوخ لانسل له ولايقع باقيا بعد ثلثة ايام وان المار ماهى متولد من الحية ليس بواقع بل هو جنس شبيه بها صورة (ولايؤكل الطافى منه) هو السمك الذى يموت فى الماء حتف انفه بلا سبب ثم يعلو فيظهر حتى اذا انحسر عنه الماء يجوز اكله لقوله عليه السلام ما انحسر عنه الماء فكل وروى عن محمد انه اذا انحسر الماء عن بعضه فان كان رأسه فى الماء فات لايؤكل وان كان ذنبه فى الماء فات يؤكل اذ هذا سبب لموته وفى النوادى الصغرى اذا وجد السمك ميتا على الماء و بطنه من فوق لم يؤكل لانه طاف وان كان ظهره من فوق اكل لانه ليس بطاف وقال الشافعى ومالك لابأس به لاطلاق مارويناه ولان ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث ولنا مارواه جابر رضى الله تعالى عنه عن النبى عليه السلام انه قال ما نضب عنه الماء فكلوا ومالفظه الماء فكلوا وماطفئ فلاتأكلوا (وان مات لحر او برد اوفى كدر الماء ففيه روايتان) فى رواية يؤكل لوجود السبب بموتها وفى المنح وقال محمد يحل اكله وبه اخذ ابو الليث وعليه الفتوى وفى اخرى لالان الماء لايقتل السمك حارا او باردا و به اخذ السرخسى وفى الدرر وان ضرب سمكة فقطع بعضها يحل اكل ماابين ومابقى لان موته بسبب وماابين من الحى وان كان ميتا فيتته حلال للحديث وكذا ان وجد فى بطنها سمكة اخرى لان ضيق المكان سبب لموتها وكذا ان قتلها شئ من طير الماء اوماتت فى جب ماء او جمعها فى حظيرة لايستطيع الخروج منها وهو يقدر على اخذها بغير صيد فتن فيها لان ضيق المكان سبب لموتها واذا ماتت فى الشبكة وهى لاتقدر على التخلص منها او اكل شيئا القاه فى الماء ليأكله فاتت منه اوربطها فى الماء فاتت او انجمد الماء فبقيت بين الجمد فاتت يؤكل وفى المنح اذا رمى صيدا فقطع عضوا اكل الصيد دون العضو ولو قطعه نصفين اكلا انتهى (ويحل هو) اى السمك (والجراد بلاذكوة) لمارويناه لكن بينهما فرق وهو ان الجراد يؤكل وان ماتت حتف انفه بخلاف السمك وعند مالك لا بد من موت الجراد من سبب و به قال احمد فى رواية وعن مالك يعتبر قطع رأسه و يشويه (ولو ذبح شاة لم تعلم حيوتها فتحركت او خرج منها) اى من الشاة (دم) من غير تحرك (حلت) اكلها لان الحركة وخروج الدم لايكونان الامن الحى وذكر محمد بن مقاتل ان خرج الدم ولم تتحرك لايحل (والا) اى ان لم تتحرك اولم يخرج الدم (فلا) تحل ان لم تعلم حيوته وقت الذبح (وان علمت) حيوته وقت الذبح (حلت مطلقا) اى على كل حال قال العينى فى شرح الكنز ولو ذبح شاة مريضة لم تحرك منها الافوها

قال محمد بن سلمة ان فتحت فاها لاتؤكل وان فتحت عينها تؤكل وان مدت رجلها لاتؤكل وان قبضت رجلها اكلت وان نام شعرها لاتؤكل وان قام شعرها اكلت وفي التنوير سمكة في سمكة فان كانت المطروفة صحيحة حلتا والا حل الطرف لا المطروف

كتاب الاضحية

عقب به الذبائح لانها كالمقدمة له اذبها تعرف التضحية اى الذبح من ايام الاضحى وهى افعولة وكان اصله اضحوية اجتمعت الواو والياء وسبقت احديهما بالسكون فقلبت الواو ياء وادغمت في الياء وكسرت الحاء لثبات الياء ويجمع على اضاحى بتشديد الياء قال الاصمعى وفيها اربع لغات اضحية بضم الهمزة وبكسرها وضحية بفتح الضاد على وزن فعيلة ويجمع على ضحايا كهدية على هدايا واضحاة وجمعه اضحى كارطاة وارطى وقال الفراء الاضحى يذكر ويؤنث وفي الشرع هى ذبح حيوان مخصوص بنية القربة في وقت مخصوص وهو يوم الاضحى وشرا تطها الاسلام واليسار الذى يتعلق به صدقة الفطر فتجب على انثى وسببها الوقت وهو ايام النحر وركنها ذبح مايجوز ذبحها وحكمها الخروج عن عهدة الواجب في الدنيا والوصول الى الثواب في العقبى (هى) اى الاضحية (واجبة وعن ابى يوسف سنة) مؤكدة وهو قول الشافعى واحمد (وقيل هو) اى كونها سنة (قولهما) يعنى ذكر الطحاوى انها واجبة عند الامام سنة عندهما ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضح فلايقربن مصلانا هذا وعيد يلحق بترك الواجب ووجه السنة قوله صلى الله عليه وسلم من اراد ان يضحى منكم شاة فلايأخذ من شعره واظفاره شيئا اذ التعليق بالارادة ينافي الوجوب لكن المراد من الارادة القصد الذى هو ضد السهو لا التخيير لانه لاتخيير بين الاداء والترك فكانه صرح به وقال من قصد منكم ان يضحى وهذا لايدل على نفى الوجوب فصار هذا نظير قوله عليه السلام من اراد منكم الجمعة فليغتسل لم يرد التخيير هناك فكذا هنا وانما تجب التضحية دون الاضحية لما تقرر من ان الوجوب من صفات الفعل الا ان القدورى ومن تبعه قال ذلك توسعة ومجازا والمراد بالوجوب الوجوب العملى لا الاعتقادى حتى لايكفر جاحدها كما في المنح (على حر) فلاتجب على العبد (مسلم) فلاتجب على الكافر (مقيم) فلا تجب على المسافر لقول على رضى الله تعالى عنه ليس على مسافر جمعة ولا اضحية وعن مالك لايشترط الاقامة ويستوى فيه المقيم بالمصر والقرى

والبوادى (موسر) لان العبادة لاتجب الاعلى القادر وهو الغنى دون الفقير ومقداره ماتجب فيه صدقة الفطر وقوله (عن نفسه) يتعلق بقوله تجب لانه اصل فى الوجوب عليه (لاعن طفله) اى اولاده الصغار فى ظاهر الرواية لكونها قربة محضة فلا تجب على الغير بسبب الغير (وقيل) اى فى رواية الحسن عن الامام (تجب عنه) اى عن الطفل (ايضا) اى كنفسه لكونها قربة مالية والطفل فى معنى نفسه فيلحق به كما فى صدقة الفطر (وقيل يضحى عنه) اى عن الطفل (ابوه اووصيه من ماله) ان كان له مال (فيطعم الطفل (منها ماامكن) الاطعام بقدر الحاجة (ويستبدل بالباقى ماينتفع به مع بقائه) كالثوب والخف فلايستبدل بما ينتفع به بالاستهلاك كالخبز والادام لان الواجب هو اراقة الدم فالتصدق باللحم تبرع وهو لايجرى فى مال الصبى فينبغى ان يطعم الطفل ويدخرله ويستبدل الباقى بالاشياء التى ينتفع الطفل بها مع بقاء اعيانها اعتبار ابجلد الاضحية وفى الهداية وان كان للصغير مال يضحى عنه ابوه اووصيه من ماله عند الشيخين وقال محمد وزفر والشافعى من مال نفسه لامن مال الصغير فالخلاف فى هذا كالخلاف فى صدقة الفطر وقيل لاتجوز التضحية من مال الصغير فى قولهم جميعا لماقررناه قبيله والاصح ان يضحى من ماله يأكل منه ماامكنه ويبتاع بمابقى ماينتفع بعينه (وهى) اى الاضحية (شاة) تجوز من فرد فقط (اوبدنة) تجوز من واحد ايضا (اوسبع) بضم السين بمعنى واحد من السبع (بدنة) بيان للقدر الواجب والقياس ان لاتجوز البدنة الاعن واحد لان الاراقة واحدة وهى القربة والقربة لاتجزى الا انا تركناه بالاثر وهو ماروى عن جابر رضى الله عنه انه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولانص فى الشاة فبقى على اصل القياس ثم اراد تفسير قوله اوسبع بدنة فقال (بان اشترك المضحى مع ستة فى بقرة اوبعير وكل) واحد منهم (يريد القربة وهو) اى كل واحد منهم (من اهلها) اى اهل القربة بكونهم مسلمين (ولم ينقص نصيب احدهم عن سبع) ثم فرعه فقال (فلواراد احدهم بنصيبه اللحم او كان كافرا اونصيبه) اى نصيب احدهم (اقل من سبع لايجوز عن واحد منهم) لما مس ان وصف القربة لايتجزى حتى اذامات رجل وترك امرأة وابنا وبقرة فضحياها يوم العيد لايجوز فى نصيب المرأة لانه اقل من السبع وكذا لايجوز فى نصيب الابن لانعدام وصف القربة فى البعض وقال مالك تجوز البدنة عن اهل بيت واحد وان كانوا اكثر من سبعة ولاتجوز عن اهل بيتين وان كانوا اقل منها (ويجوز اشتراك اقل من سبعة ولو) كانت البدنة (بين اثنين)

نصفين في الاصح قال العيني في شرح الكنز وتجوز عن ستة او خمسة او اربعة
اوثلثة ذكره محمد في الاصل لانه لما جاز عن السبعة فعمن دونه اولى ولا تجوز
عن الثمانية لعدم النقل فيه (ويقسم لحمها) اى اذا جاز على الشركة فيقسم
اللحم (وزنا) بين الشركاء لانه موزون (لاجزافا) لان في القسمة معنى
التمليك فلا يجوز جزافا عند وجود الجنس والوزن ولا يجوز التحليل لانه في معنى
الهبة وهبة المشاع فيما يقسم لا تجوز (الا اذا خلط) وضم (مع اللحم من اكارعه
اوجلده) اى يكون في كل جانب شئ من اللحم ومن الاكارع اويكون في كل
جانب شئ من اللحم وبعض الجلد اويكون في جانب لحم واكارع وفي آخر لحم وجلد
فح يجوز صرفا للجنس الى خلاف الجنس كما في الدرر (ولو شرى بدنة للاضحية
ثم اشرك فيها ستة جاز استحسانا) وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر ورواية
عن الامام لانه اعدها للقربة فلا يجوز بيعها وجه الاستحسان انه قد يجد
بقرة سمينة ولا يجد الشريك وقت الشراء فمست الحاجة الى هذا (والاشتراك
قبل الشراء احب) اذ به يبعد عن الخلاف و يسلم عن الرجوع في القربة وروى
عن الامام كراهة الاشتراك بعده (واول وقتها) اى اول وقت تضحية الاضحية
(بعد الفجر) لكن (لا يذبح في المصر قبل صلوة العيد) لقوله عليه السلام
من ذبح قبل الصلوة فليعد ذبيحته وهذا الشرط لمن تجب عليه صلوة العيد
(ويذبح غير المصرى) كاهل القرى (قبل الصلوة) ومن هنا ظهر ان وقت
التضحية في حق البعض الذى لا تجب عليه صلوة العيد من طلوع فجر يوم
النحر لانعدام المانع وهو الاشتغال بالصلوة وفي حق البعض يعتبر بعد ان يصلى
الامام صلوة العيد الواجبة وعند مالك واحمد اهل المصر لا يذبحون قبل ذبح
الامام ايضا وعند الشافعى صح قبل الصلوة لو يمضى من الوقت قدر ما يصلى
ركعتين مع خطبتين (وآخره) اى آخر وقتها (قبيل غروب الشمس في اليوم
الثالث) عندنا لما روى عن عمر وعلى وابن عباس رضى الله عنهم انهم قالوا
ايام النحر ثلثة افضلها اولها وقد قالوه سماعا لان الرأى لا يهتدى الى المقادير
وعند الشافعى اربعة لقوله عليه السلام ايام التشريق كلها ايام ذبح قلنا
اذا كان في الاخبار تعارض فالاخذ بالمتيقن اولى ثم المعتبر في ذلك
مكان الاضحية حتى لو كان في السواد والمضحى في المصر يجوز من انشقاق
الفجر وعلى عكسه لا يجوز الا بعد الصلوة وحيلة المصرى اذا اراد التعجيل
ان يخرج بها الى خارج المصر فيضحى بها كما طلع الفجر اعتبارا بالذكوة بخلاف
صدقة الفطر ولو ضحى بعد ما صلى اهل المسجد ولم يصل اهل الجبانة اجزأه
استحسانا والمعتبر هى الصلوة دون الخطبة (واعتبر آخره) اى آخر وقتها

للفقير وضده والولادة والموت) فلو كان غنيا في اول ايام فقيرا في آخرها لاتجب عليه وفي العكس تجب وان ولد في اليوم الاخير تجب عليه وان مات فيه لاتجب عليه فتبين ان الامام صلى بغير طهارة تعيد الصلوة دون التضحية كالوشهدوا انه يوم العيد عند الامام يصلي بالناس العيد ثم ضحوا ثم بان انه يوم عرفة اجزأهم الصلوة والتضحية كما في التنوير ولو وقعت في البلد فتنة ولم يبق فيها وال ليصلي بهم العيد فضحوا بعد طلوع الفجر اجزأهم كما في المنح (واولها) اى اول ايام النحر (افضلها لمابيناه) آنفا (وكره الذبح ليلا) وان جاز لاحتمال الغلط في ظلمة الليل وفي المنح الظاهر ان هذه الكراهة للتنزيه ومرجعها الى خلاف الاولى اذاحتمال الغلط لايصلح دليلا على كراهة التحريم التي نسبتها الى الحرام كنسبة الواجب الى الفرض (فان فات وقتها قبل ذبحها) اى ولولم يضح ماا وجب على نفسه بان عين شاة في نذره وقال لله على ان اضحى بهذه الشاة (لزم التصدق بعين المنذورة حية) سواء كان ذلك الموجب فقيرا اوغنيا ولو نذران يضحى ولم يسم شيئا يقع على الشاة ولا يأكل الناذر منها ولواكل فعليه قيمة اكله لان سبيلها التصدق وليس للتصدق ان يأكل من صدقته (وكذا) اى لزم التصدق بعين المنذورة حية (ماشراها فقير للتضحية) لان الفقير انما تجب عليه اذاشراها بنية التضحية فيتعلق بالمحل (والغنى يتصدق بقيمتها شراها) اى الشاة (اولا) لان الواجب يتعلق بذمته (وانما يجزئ فيها) اى في الاضحية (الجذع من الضأن) الجذع شاة تمت لها ستة اشهر عند الفقهاء اذاكانت عظيمة لقوله عليه السلام لاتذبحوا الامسنة الا ان يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضأن وعنداهل اللغة ماتمت له سنة وذكر الزعفراني انه ابن سبعة اشهر وعن الزهرى من المعز لسنة ومن الضأن لثمانية اشهر (والثنى) فصاعدا من الجميع وهو ابن خمس من الابل وحولين من البقر والجاموس وحول من الشاة والمعز لانه عرف بالنص على خلاف القياس فيقتصر عليها والمولودبين الاهلي والوحشي يتبع الام لانها هي الاصل في التبعية فيجوز بالبغل الذى امه بقرة وبالظبي الذى امه شاة (و) تجوز (الجماء) بتشديد الميم وهى التى لاقرن لها بالخلقة اذلايتعلق به الحق وكذا مكسور القرن بل اولى لما قلنا (والخصى) وعن الامام ان الخصى اولى لان لحمه الذ واطيب (والثولاء) وهى المجنونة اذا لم يمنعها من السوم والرعى لان هذا لايخل بالمق وان منعها من ذلك لاتجوز اذيخل (والجرباء) السمينة ولم يتلف جلدها لان الجرب في الجلد ولانقصان في اللحم وانما قيد بالسمينة لانها اذا كانت مهزولة لاتجوز لان الجرب اذا كان في اللحم انتقص (لا) تجوز

(العمياء) وهو الذاهبة العينين (والعوراء) وهى (الذاهبة احد العينين والعجفاء) اى المهزولة (التى لاتنقى) اى يبلغ عجفها الى حد لايكون فى عظمها مخ (والعرجاء) التى لا تمشى الى المنسك اى المذبح لورود النهى عنهن (و) لاتجوز (مقطوعة اليد والرجل) لنقصانها (وذاهبة اكثر العين او) اكثر (الاذن) لقول على رضى الله تعالى عنه امرنا رسول الله عليه السلام ان نستشرف العين والاذن وان لانضحى بمقابلة ولامدابرة ولاشرقاء ولاخرقاء (او اكثر الذنب) لانه عضو كامل مق فصار كالاذن (او) اكثر (الالية) وانما قيد الذهاب بالاكثر لانه ان بقى الاكثر من العين والاذن والذنب ونحوها جاز لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا وفى المنح واختاره ابو الليث وعليه الفتوى (وفى ذهاب النصف روايتان) عن الامام وكذا عنهما لما فى الهداية وفى كون النصف مانعا روايتان عنهما كما فى انكشاف العضو عن ابى يوسف (ويجوز ان ذهب اقل منه) اى من النصف (وقيل ان ذهب اكثر من الثلث لايجوز) قال ابن الشيخ فى شرح الوقاية فى ظاهر الرواية عن الامام لان الثلث قليل ولذا نفذ فيه الوصية بخلاف مازاد عليه لكونه اكثر (وقيل ان ذهب الثلث لايجوز) لقوله عليه السلام فى حديث وصية الثلث والثلث كثير وفى رواية عنه الربع وفى القهستانى ان كل عيب مانع لها ان كان اكثر من النصف لايجوز بالاجماع وان كان اقل منه يجوز بالاجماع وطريق معرفة ذهاب العين ان تشد العين المعلولة بعد ان كانت جايعة فيقرب اليها العلف فينظر اليها من اى مكان رأت العلف ثم يشد العين الصحيحة ويقرب العلف فينظر الى تفاوت مابين المكانين فان كان ثلثا فقد ذهب الثلث وهكذا وفى القهستانى ولايجمع ماذهب من الاذنين على ماقال ابو على الرازى وقال ابن السماعة انه يجمع وفى شرح الكنز للعينى ولايجوز الهتماء وهى التى لااسنان لها ولا السكاء وهى التى لااذن لها خلقة وان كان صغيرا يجوز ولا الجلالة وهى التى تأكل العذرة ولاتأكل غيرها ولا الجداء وهى المقطوعة ضرعها ولا المصرمة وهى التى لاتستطيع ان ترضع فصيلها ولا الحداء وهى التى يبس ضرعها وفى الهداية وهذا الذى ذكرنا اذا كانت هذه العيوب قائمة وقت الشراء ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع ان كان غنيا عليه غيرها وان كان فقيرا يجزيه بهذه لان الوجوب على الغنى بالشرع ابتداء فلم يتعين به وعلى الفقير بشرائه بنية الاضحية فتعينت ولا يجب عليه ضمان نقصانه كما فى نصاب الزكوة وعن هذا الاصل قالوا اذا ماتت المشتراة للتضحية على موسر مكانها اخرى ولاشئ على الفقير ولو ضلت اوسرقت واشترى اخرى ثم ظهرت الاولى فى ايام النحر

على الموسر ذبح احديهما وعلى الفقير ذبحهما (ولا يضر تعيبها من اضطرابها عند الذبح) وفي الهداية ولو اضجعها فاضطربت فانكسر رجلها فذبحها اجزأه استحسانا عندنا خلافا لزفر والشافعي لان حالة الذبح ومقدماته ملحق بالذبح فكأنه حصل به اعتبارا وحكما وكذا لو تعيبت في هذه الحالة فانفلتت ثم اخذت من فوره وكذا بعد فوره عند محمد خلافا لابي يوسف لانه حصل بمقدمات الذبح (وان مات احد سبعة) الذين شاركوا في البدنة (وقال ورثته) وهم كبار (اذبحوها) اي البدنة (عنكم وعنه) اي عن الميت (صح) ذبحها استحسانا عن الجميع لوجود قصد القربة من الكل والتضحية عن الغير عرفت قربة لانه عليه السلام ضحى عن امته والقياس ان لا يصح وهو رواية عن ابي يوسف لانه تبرع بالاتلاف فلا يجوز عن غيره (وكذا صح لو ذبح (بدنة عن اضحية ومتعة وقران) مع اختلاف جهات قرباتهم عندنا لاتحاد المق وهو القربة وفي التنوير وان كان شريك الستة نصرانيا او مريد اللحم لم يجز عن واحد منهم (ويأكل من لحم اضحيته ويطعم من شاء من غني وفقير) لما روى انه عليه نهى عن اكل لحوم الضحايا بعد ثلث ثم قال كلوا وتزودوا وادخروا والنصوص كثيرة وعليه اجماع الامة (وندب ان لا ينقص الصدقة عن الثلث) لان الجهات ثلث الاكل والادخار والتصدق وهذا لا ينافي استحباب التصدق بما فوقه كالنصف مثلا (وتركه) اي وندب ترك التصدق (لذي عيال توسعة عليهم) اي على العيال (وندب ان يذبح بيده ان احسن الذبح) لكونه عبادة (والا) اي ان لم يحسنه (يأمر غيره) بالذبح كيلا يجعلها ميتة (ويحضرها) لقوله عليه السلام لفاطمة رضي الله عنها قومي فاشهدي اضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة من دمها كل ذنب (ويكره ان يذبحها كتابي) لانه قربة وليس هو من اهلها ولو امره فذبح جاز لانه من اهل الذبح بخلاف المجوسي (ويتصدق بجلدها) لكونه جزأ منها (اويعمله آلة كجراب اوخف اوفرو) لان الانتفاع به ليس بحرام (اويشتري به) اي بالجلد (ما ينتفع به مع بقائه) اي بقاء ما ينتفع به استحسانا (كغربال ونحوه) لان للبدل حكم المبدل (لا مايستهلك) اي لا يشتري به ما لا ينتفع به الا بعد الاستهلاك (كخل وشبهه) ولا يبيعه بالدراهم لينفق الدراهم على نفسه وعياله والمعنى انه لا يتصرف على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح حتى لا يبيعه بما لا ينتفع به الا بعد الاستهلاك (فان بدل اللحم اوالجلد به) اي بما ينتفع بالاستهلاك جاز (ويتصدق به) لانتقال القربة الى البدل وقوله عليه السلام من باع جلد اضحيته فلا اضحية له يفيد كراهة البيع اما البيع جائز لقيام الملك

والقدرة على التسليم هذا قول الامام وعن ابي يوسف بيع الاضحية اوجلدها اولحمها باطل لانه بمنزلة الوقف وفي التنوير ولايعطى اجرالجزار منهـا ويكره جزصوفهـا قبل الذبح لينتفع به بخلاف مابعده ويكره الانتفاع بلبنهـا ويكره (ولوذبح اضحية غيره بغير امره جاز) استحسانا ولاضمان على الذابح ولايجوز قياسا وهوقول زفر لانه ذبح شاة غيربغير امره فيضمن كما اذا ذبح شاة اشتراها القصاب واذا ضمن لايجزيه عن الاضحية وجه الاستحسان انه لمااشتراها للاضحية فقد تعينت للذبح اضحيته حتى وجب عليه ان يضحى بها فصار مستعينا بكل من يكون اهلا للذبح اذناله دلالة لانه ربما يعجز عن اقامتهـا لعارض يعرض له فصار كما اذا ذبح شاة شد القصاب رجلها ليذبحهـا وان كان تفوته المباشرة وحضورها لكن يحصل له تعجيل البر وحصول مقصوده بالتضحية بماعينه فيرضى به ظاهرا وفي شرح المجمع ولوذبح الراعي واجى شاة لايرجى حيوتها لايضمن وقال الصدر الشهيد يضمن (ولوغلط اثنان فذبح كل شاة الآخر صح ولاضمان) استحسانا ولايصح قياسا ويضمن كل واحد منهما لصاحبه لمامرقبيله (ويتحالان) يعني يأخذ كل واحد منهما اضحيته ان كانت باقية ولايضمنه لانه وكيله وان كانت مأكولة يحلل كل واحدمنهمـا صاحبه ويجزيهم لانه لواطعمه الكل في الابتداء يجوز وان كان غنيا فكذا له ان يحلل له في الانتهـاء (وان تشـاحا) اى تنازعا بان اضحيتى اعظم واسمن ولم يرضيا (ضمن كل) واحدمنهما (صاحبه قيمة لحمه) لان التضحية لماوقعت لصاحبه كان اللحم له ومن اتلف لحم اضحية غيره ضمنه (وتصدق بها) اى بتلك القيمة لانه بدل لحم الاضحية (وصحت التضحية بشـاة الغصب دون شـاة الوديعة وضمنها) لان في الغصب يثبت الملك من وقت الغصب فكانت التضحية واردة على ملكه ولكن يأثم خلافا لزفر وفي الوديعة يصيرغاصبـا بالذبح فيقع الذبح في غيرالملك فلم يثبت الملك الابعد الذبح فكانت الاضحية واردة على غير الملك كما في اكثر المعتبرات قال صدر الشريعة يصيرغاصبـا بمقدمات الذبح كالاضجاع وشد الرجل فيكون غاصبا قبل الذبح وقال صـاحب الدرر حقيقة الغصب كماتقرر في موضعه ازالة اليد المحقة باثبات اليد المبطلة وغاية مايوجد في الاضجاع وشد الرجل اثبـات اليد المبطلة ولايحصل به ازالة اليـد المحقة وانما يحصل ذلك بالذبح كما ذهب اليـه الجمهور انتهى لكن الظـاهر تحقق ازالة اليد المحقة بالاضجاع وشد الرجل للذبح فانهما ليسـا من احكام الوديعة ولامن شان المودع تأمل

﴿ كتاب الكراهية ﴾

اورد الكراهية بعد الاضحية لان عامة مسائل كل واحدة منهما لم تخل من اصل وفرع ترد فيه الكراهية الايرى ان في وقت الاضحية من ليالى ايام النحر وفى التصرف فى الاضحية بجز الصوف وحلب اللبن كما تقدم الكلام فيه وفى اقامة غيره مقامه كيف تحققت الكراهة فناسب ذكر الكراهية بعده هى ضد الارادة والرضاء فى اللغة وانما لقبه بها وفيه غير المكروه لان بيان المكروه اهم لوجوب الاحتراز عنه ولقبه القدورى بالحظر والاباحة وهو حسن لان الحظر المنع و الاباحة الاطلاق وفيه بيان ما اباحه الشرع وما منعه ولقبه بعضهم بالاستحسان لان فيه بيان ما حسنه الشرع وقبحه وبعضهم بكتاب الزهد والورع لان كثيرا من مسائله اطلقه الشرع والزهد والورع تركها وفى الشرع (المكروه) كراهة تحريم (الى الحرام اقرب) عند الشيخين لتعارض الادلة فيه وتغليب جانب الحرمة فيه فيلزمه تركه وتكلموا فى المكروه والصحيح ماقاله الشيخان كما فى جواهر الفتاوى (وعند محمد) كل (المكروه حرام) مالم يقم دليل على خلافه (ولم يلفظ به) اى لم يطلق عليه لفظ الحرام فى كتبه (لعدم) الدليل (القاطع) بل كتب بالكراهة فتركه واجب كما فى الحرام فالحرام مامنع عنه بدليل قطعى وتركه فرض كشرب الخمر والمكروه مامنع بظنى وتركه واجب كاكل الضب فنسبة المكروه الى الحرام كنسبة الواجب الى الفرض قال ابن الساعاتى فى بحث الحكم وان كان طلبا لفعل ينتهض تركه فى جميع وقته سببا لاستحقاق العقاب فوجوب او لفعل ينتهض فعله خاصة للثواب فندب وخاصة يفيد ان الترك لايترتب عليه شئ اولترك يصير فعله سببا لاستحقاق العقاب فتحريم اولترك يصير تركه خاصة للثواب فكراهة وان لم يكن طلبا فان كان تخييرا فاباحة والا فوضعى وقد علم بذلك حدودها واعلم ان الكراهة على قسمين كراهة تحريم وكراهة تنزيه فمشايخنا تارة يقيدونها وتارة يطلقونها فاما المقيدة فلا كلام فيها و المطلقة فتحمل على التحريم

﴿ فصل ﴾

فى بيان احوال (الاكل منه) اى بعض الاكل وكذا الشرب (فرض وهو مايدفع به الهلاك) وفى تركه القاء النفس فى التهلكة فان هلك فقد عصى وبه يتمكن من اداء الفرائض ويوجر على ذلك قال عليه السلام ان الله تعالى ليوجر فى كل شئ حتى اللقمة يرفعها العبد الى فيه (و) بعضه (مندوب وهو مازاد) على مايدفع به الهلاك (ليتمكن من الصلوة قائما ويسهل عليه الصوم) لان

الاشتغال بما يتقوى به على الطاعة طاعة وسئل ابو ذر عن افضل الاعمال فقال الصلوة
باكل الخبز (و) بعضه (مباح) اى لا اجر فيه ولا وزر (وهو ما زاد)
منتهيا (الى الشبع لزيادة قوة البدن) وفى القهستانى لو اكل للسمن كره على
ما قال ابن مقاتل وعن ابى مطيع لا بأس باكلها خبزا مكسورا فى الماء البارد للسمن
ولا شئ على من رزق بطنا عظيما خلقة له من غير ان يتعمد السمن ولو اكل
الوان الطعام ثم تقيأ فوجد نافعا فلا بأس به لانه علاج (و) بعضه (حرام
وهو الزائد عليه) اى على الشبع لانه اضاعة للمال وامراض للنفس ولانه
تبذير واسراف قال عليه السلام لا خير فى الشبع ولا فى الجوع خير الامور اوسطها
(الا لقصد التقوى على صوم الغد) لان فيه فائدة (اولئلا يستحيى الضيف)
لانه اذا امسك والضيف لم يشبع ربما استحيى فلا يأكل حياء اوخجلا فلا بأس
باكله فوق الشبع لئلا يكون ممن اساء القرى وهو مذموم عقلا وشرعا (ولا تجوز
الرياضة بتقليل الاكل حتى يضعف عن اداء العبادة) قال عليه السلام
ان نفسك مطيتك فارفق بها وليس من الرفق ان تجيعها وتذيبها ولان ترك
العبادة لا يجوز فكذا ما يفضى اليه واما تجويع النفس على وجه لا يعجز
عن اداء العبادات فهو مباح كما فى الاختيار (ومن امتنع من الميتة حال
المخمصة اوصام ولم يأكل حتى مات اثم) لانه اتلف نفسه لما بينا انه لا بقاءله
الا بالاكل والميتة حال المخمصة اما حلال اومرفوع الاثم فلا يجوز الامتناع
عنه اذا تعين لاحياء النفس وروى ذلك من مسروق وجماعة من العلماء والتابعين
واذا كان يأثم بترك الميتة فما ظنك لترك الذبيحة وغيرها من الحلالات حتى
يموت كما فى الاختيار وفى البزازية خاف الموت جوعا او عطشا ومع رفيقه
طعام اوماء اخذ بالقيمة منه قدر ما يسد جوعته اوعطشه فان امتنع قاتل بلا سلاح
وان الرفيق يخاف الموت جوعا اوعطشا ايضا ترك له البعض (بخلاف من امتنع
من التداوى حتى مات) فانه لا يأثم لانه لا يقين ان هذا الدواء يشفيه ولعله يصح
من غير علاج كما فى الاختيار (ولا بأس بالتفكه بانواع الفواكه) لقوله تعالى كلوا من
طيبات ما رزقناكم (وتركه افضل) لئلا تنقص درجته (واتخاذ الوان الاطعمة
سرف) دل عليه قوله تعالى اذهبتم طيباتكم فى حياتكم الدنيا (وكذا) سرف (وضع
الخبز على المائدة اكثر من قدر الحاجة) وفى المحيط من الاسراف الاكثار فى الوان
الطعام فانه منهى الا اذا قصد قوة الطاعة اودعوة الاضياف قوما بعد قوم
حتى يأتوا على آخره لان فيه فائدة ومن السرف ان يأكل وسط الخبز ويدع
جوانبه وترك اللقمة الساقطة من المائدة بل يرفعها اولا ويأكلها قبل غيرها
ولا يأكل طعاما حارا ولا يشم ويكره اكل الترياق ان كان فيه شئ

من الحيات وكذا معالجة الجراحة بعظم انسان اوخنزير لا نها محرم الانتفاع
وفي البزازية وضع المحبين على الجرح ان عرفيه شفاء لا بأس به والذي يرعف
ولا يرقأ ان يكتب شيئا من القرآن على جبهته ولو بالبول او على جلد ميتة ان فيه شفاء
(ومسح الاصابع والسكين بالخبز ووضع المملحة عليه) اى على الخبز (مكروه)
لا الملح وكذا وضع الخبز تحت القصعة لان فيه اهانة الخبز وقدامر نابا كرامه وفي
الزاهدى اختلفوا في جواز وضع القصعة على الخبز ومسح اليد بالخبز واكله بعده
وفي البزازية ولا يعلق الخبز بالخوان بل يوضع بحيث لا يعلق ولا يكره قطع اللحم والخبز
بالسكين (وسنة الاكل البسملة في اوله والحمدلة في آخره) فان نسى البسملة فليقل اذا ذكر
بسم الله على اوله وآخره بجميع ذلك ورد الاثر وهو شكر المؤمن اذا رزق قال
عليه السلام ان الله يرضى عن عبده المؤمن اذا قدم اليه طعام ان يسمى الله في اوله
ويحمد الله في آخره (وغسل اليدين قبله) اى قبل الطعام (وبعده) قال النبي عليه
السلام الوضوء قبل الطعام ينفي الفقر و بعده ينفي اللمم والوضوء هنا غسل اليدين
(و يبدأ بالشباب قبله) اى قبل الاكل لئلا ينتظر اليهم الشيوخ (وبالشيوخ
بعده) وهو ادب لما فيه اكرام لهم فلا يمسح يده قبل الطعام بالمنديل بل ليكون
اثر الغسل باقيا وقت الاكل و يمسحها بعده ليزول اثر الطعام بالكلية (ولا يحل
شرب لبن الاتان) بالفتح هي انثى الحمر الاهلية لكون اللبن متولدا من اللحم
فيأخذ حكمه ولا يأكل الجلالة ولا يشرب لبنها لانه عليه السلام نهى عن
اكلها وشرب لبنها وفي التنوير ولو سقى ما يؤكل لحمه خمرا فذبح من ساعته حل
اكله ويكره (ولا) يحل (بول ابل) للاختلاف اذ عند الامام حرام لكون
الاصل في البول حرمة وقد علم النبي عليه السلام شفاء العرنيين بالوحي فالشفاء
في غيرهم غير معلوم فبقي على الاصل وعند ابي يوسف يحل التداوى بشربه
لما روى ان قوما من عرنة مرضوا في المدينة فامرهم النبي عليه السلام بان يلحقوا
المرعى و يشربوا من ابوال الابل والبانها وعند محمد يحل مطلقا اذ لو كان
حراما لا يحل به التداوى لقوله عليه السلام ما وضع شفاءكم فيما حرم عليكم
(و) لا يحل استعمال (اناء ذهب اوفضة لرجل وامرأة) لقوله عليه السلام
فيمن شرب منه انما يجرجر في بطنه نار جهنم قيل يجرجر بمعنى يلقى فيكون
نار جهنم مفعولا وقيل بمعنى يصوت من جرجر الجمل اذا ازداد صوته في حنجرته
فيكون نار فاعلا فاذا ثبت ذلك في الاكل والشرب فكذا في التطيب وغيره لانه مثله
في الاستعمال ويستوى الرجل والنساء لاطلاق الحديث وكذا الاكل بملعقة
الذهب والفضة والاكتحال بميلهما وما اشبه ذلك وفي الذخيرة الادهان المحرم
ان يأخذ آنية الذهب والفضة ويصب الدهن على الرأس اما اذا ادخل يده

واخذ الدهن ثم صبه على الرأس من اليد لايكره كما فى النهاية وفى التسهيل وعلى هذا لواخذ الطعام من آنية الذهب والفضة بملعقة ثم اكله من الملعقة ينبغى ان لايكره وكذا لواخذه بيده واكله ولكن ينبغى ان لايفتى بهذه الرواية لئلا ينفتح باب استعمالها لكن فى الدرر تفصيل فليطالع (وحل استعمال اناء عقيق و بلور وزجاج ورصاص) عندنا لعدم التفاخر بمثل هذه الآنية عادة لانها ليست من جنس الاثمان وقال الشافعى يكره لحصول التفاخر كالحجرين قلنا لانسلم ولئن كانت عادتهم جارية بالتفاخر فى غيرهما فلم تكن هذه الاشياء فى معناهما فامتنع الالحاق بهما و يجوز استعمال الاوانى من الصفر وفى التبيين و يمكن ان يستدل به على اباحة غير الذهب والفضة لانه فى معناه بل عينه

﴿ فصل فى الكسب ﴾

وفى الاختيار قال محمد بن سماعة سمعت محمد بن حسن يقول طلب الكسب فريضة كما ان طلب العلم فريضة وهذا صحيح لماروى ابن مسعود رضى الله عنهما عن النبى عليه السلام انه قال طلب الكسب فريضة على كل مسلم ومسلمة وقال عليه السلام طلب الكسب بعد صلاة المكتوبة اى الفريضة بعد الفريضة ولانه لايتوسل الى اقامة الفرض الابه وكان فرضا لانه لايتمكن من اداء العبادات الابقوة بدنه وقوة بدنه بالقوت عادة وخلقة وتحصيل القوت بالكسب ولانه يحتاج فى الطهارة الى آلة الاستقاء والآنية وفى الصلوة الى مايستر عورته وكل ذلك انما يحصل عادة بالاكتساب والرسل عليهم السلام كانوا يكتسبون وكذا الخلفاء الراشدون رضى الله عنهم ولايلتفت الى قول جماعة انكروا ذلك وتمامه فيه ان شئت فليراجع وطلب العلم فريضة ايضا على كل مسلم ومسلمة قال فى الخلاصة حكى عن ابى مطيع انه قال النظر فى كتب اصحابنا من غير سماع افضل من قيام ليلة وفى البزازية طلب العلم والفقه اذا صحت النية افضل من جميع افعال البر وكذا الاشتغال بزيادة العلم اذا صحت النية وهو اقسام فرض وهو مقدار مايحتاج اليه لاقامة الفرائض ومعرفة الحق والباطل والحلال والحرام ومستحب وقربة كتعلم مالايحتاج اليه لتعليم من يحتاج اليه ومباح وهو الزيادة على ذلك للزينة والكمال ومكروه وهو التعلم ليباهى به العلماء و يمارى به السفهاء ولذلك كره الامام تعلم الكلام والمناظرة فيه وراء قدر الحاجة وفى البزازية وتعلم علم النجوم لمعرفة القبلة واوقات الصلوة لابأس به والزيادة حرام والحيلة والتمويه فى المناظرة ان تكلم مسترشدا منصفا بلاتعنت لايكره وكذا ان غير مسترشد لكنه منصف غير متعنت فان اراد بالمناظرة طرح المتعنت لابأس به و يحتال كل الحيلة ليدفع عن نفسه التعنت والتعنت لدفع التعنت مشروع وفى القهستانى وتعلم المنطق كشرب الخمر وفى قوت القلوب جعل الجهال اصحاب المنطق ع..اء انتهى

والتعليم بقدر مايحتاج اليه لاقامة الفرض فرض ولايجب على الفقيه ان يجيب عن كل مايسأل عنه اذا كان هناك من يجيب غيره فان لم يكن غيره يلزمه الجواب لان الفتوى والتعليم فرض كفاية (افضله) اى الكسب (الجهاد) لان فيه الجمع بين حصول الكسب واعزاز الدين وقهر عدو الله (ثم التجارة) لان النبي عليه الصلوة والسلام حث عليها فقال التاجر الصدوق مع الكرام البررة (ثم الحراثة) واول من فعله آدم عليه السلام (ثم الصناعة) لانه عليه السلام حرض عليها فقال الحرفة امان من الفقر لكن في الخلاصة ثم المذهب عند جمهور العلماء والفقهاء ان جميع انواع الكسب في الاباحة على السواء هو الصحيح (ومنه) اى وبعض الكسب (فرض وهو) اى الكسب (قدر الكفاية لنفسه وعياله وقضاء ديونه) لما بينا انه لايتوسل الى اقامة الفرض الا به خصوصا الى قضاء الدين ونفقة من تجب عليه نفقته فان ترك الاكتساب بعد ذلك وسعه وان اكتسب مايدخره لنفسه وعياله فهو في سعة لان النبي عليه السلام ادخر قوت عياله سنة كما في الاختيار (ومستحب وهو الزائد عليه) اى على قدر الكفاية (ليواسى به) اى بالزائد (فقيرا او يصل به قريبا) فانه افضل من التخلي لنفل العبادة لان منفعة النفل تخصه ومنفعة الكسب له ولغيره قال عليه السلام الناس عيال الله في الارض واحبهم اليه انفعهم لعياله (ومباح وهو الزيادة للتجمل) والتنعم قال عليه السلام نعم المال الصالح للرجل الصالح وقال عليه السلام من طلب الدنيا حلالا متعففا لقى الله تعالى ووجهه كالقمر ليلة البدر كما في الاختيار (وحرام وهو الجمع للتفاخر والبطر وان) وصلية (كان من حل) قال عليه السلام من طلب الدنيا مفاخرا مكاثرا لقى الله وهو عليه غضبان (وينفق على نفسه وعياله بلا اسراف ولا تقتير) ولا يتكلف لتحصيل جميع شهواتهم ولا يمنعهم جميعها بل يكون وسطا قال الله تعالى والذين اذا انفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما ولا يستديم الشبع قال عليه السلام اجوع يوما واشبع يوما (ومن قدر على الكسب لزمه) اى من الكسب لما بيناه آنفا (وان عجز عنه) اى عن الكسب (لزمه السؤال) لانه نوع اكتساب لكن لايحل الا عند العجز قال عليه السلام السؤال آخر كسب العبد (فان تركه) اى السؤال وهو قادر عليه (حتى مات) من جوعه (اثم) لانه القى نفسه الى التهلكة فان السؤال يوصله الى ماتقوم به نفسه في هذه الحالة كالكسب ولا ذل في السؤال في هذه الحالة (وان عجز عنه) اى عن السؤال الكسب (يفرض على من علم به) اى بعجزه (ان يطعمه او يدل عليه من يطعمه) صونا له عن الهلاك فان امتنعوا

من ذلك حتى مات اشتركوا في الاثم واذا اطعمه واحد سقط عن الباقين ومن كان له قوت يومه لايحل السؤال (ويكره اعطاء سؤال) جمع سائل كنصار جمع ناصر (المسجد) فقد جاء في الاثر ينادي يوم القيمة ليقم من يغيض الله فيقوم سؤال المسجد (وقيل ان كان) اي السائل في المسجد (لايتخطى رقاب الناس ولايمر بين يدي مصل لايكره) اعطاؤه وهو المختار كما في الاختيار فقد روى انهم كانوا يسئلون في المسجد على عهد رسول الله عليه السلام حتى روى ان عليا رضي الله عنه تصدق بخاتمه في الصلوة في المسجد (ولايجوز قبول هدية امراء الجور) لان الغالب في مالهم الحرمة (الا اذا علم ان اكثر ماله من حل) بان كان صاحب تجارة اوزرع فلا بأس به وفي البزازية غالب مال المهدي ان حلالا لابأس بقبول هديته واكل ماله مالم يتبين انه من حرام لان اموال الناس لايخ عن حرام فيعتبر الغالب وان غالب ماله الحرام لايقبلها ولايأكل الا اذا قال انه حلال ورثه اواستقرضته ولهذا قال اصحابنا لواخذ مورثه رشوة اوظلما ان علم وارثه ذلك بعينه لايحل له اخذه وان لم يعلمه بعينه له اخذه حكما لاديانة فيتصدق به بنية الخصماء وفي الخانية وقال الحلواني وكان الامام ابو القاسم الحكيم يأخذ جوائز السلطان والحيلة فيه ان يشتري شيئا بمال مطلق ثم ينقده من اي مال شاء كذا رواه الثاني عن الامام وعن الامام ان المبتلى بطعام الظلمة يتحرى ان وقع في قلبه حله قبل واكل والا لا لقوله عليه السلام استفت قلبك الحديث وجواب الامام فيمن به ورع وصفاء قلب ينظر بنور الله تعالى ويدرك بالفراسة وفي الخلاصة السلطان اذا قدم شيئا من المأكولات ان اشتراه يحل وان لم يشتره ولكن الرجل لايعلم ان في الطعام شيئا مغصوبا بعينه يباح اكله وفي الخانية رجل غصب لحما فطبخه اوحنطة فطحنها قال ابو بكر البلخي يحل له اكله وعليه الضمان في قول الامام وهذا ظاهر قوله لان على قول الامام ومحمد اذا غصب حنطة فطحنها اولحما فطبخه ينقطع حق المالك ويصير ملكا للغاصب وقال ابو يوسف اكله حرام قبل ان يرضى صاحبها (ولايكره اجارة بيت بالسواد) اي بالقرية (ليتخذ بيت نار اوكنيسة او بيعة او يباع) معطوف على قوله ليتخذ اي ليباع (فيه الخمر) عند الامام لان الاجارة واردة على منفعة البيت ولامعصية فيه وانما معصيته بفعل المستأجر وهو فعل الفاعل المختار فقطع نسبته منه كبيع الجارية لمن لايستبريها او يأتيها من دبرها اوبيع الغلام من اللوطي كما في التبيين وغيره وهذا صريح في جواز بيع الغلام من اللوطي والمنقول في كثير من المعتبرات انه يكره (وعندهما يكره) ان يوجر بيتا لشيء من ذلك لانه اعانة على المعصية وبه قالت الائمة الثلاثة قالوا ان ماذكره الامام مختص بسواد الكوفة لان اغلب

اهلها ذمي واما في سوادنا فاعلام الاسلام ظاهرة فلا يمكنون من اجارة البيت ليتخذه معبد او مفسقا في الاصح كما لا يمكنون في الامصار لعدم الاذن من الحكام فيما يغلب فيه شعائر الاسلام وعن هذا قال (و يكره في المصر اجماعا و كذا في سواد غالبه اهل الاسلام) لما مر ان شعائر الاسلام ظاهرة (ومن حمل لذمي خمرا باجر طاب له) عند الامام (وعندهما يكره) ذلك لوجود الاعانة على المعصية وقد صح ان النبي عليه السلام لعن في الخمر عشرا وعدمنها حاملها والمحمول اليه وله ان المعصية في شربها لا في حملها مع ان الحمل يحمل على الاراقة او التخليل والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية و على هذا الخلاف اذا آجر دابة لينقل عليها الخمر او آجر نفسه ليرعى الخنزير ويكره بيع الزنار من النصارى والقلنسوة من المجوسي ولو ان اسكافا امره انسان ان يتخذ له خفا على زي المجوسي او الفسقة او خياطا امره انسان ان يخيط له ثوبا على زي الفساق يكره له ان يفعل ذلك (ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته واستعارة دابته) و القياس ان لا يجوز لانه تبرع والعبد ليس من اهله لكن جوز في الشيء اليسير للضرورة استحسانا كما مر في المأذون (وكره قبول كسوته ثوبا واهدائه احد النقدين) لانه لا ضرورة في الشيء الكثير كالدراهم والثياب فيبقى على الاصل وهو عدم الجواز (و يقبل في المعاملات قول الفرد ولو) وصلية كان (انثى او عبدا او فاسقا او كافرا كقوله) اي قول الفرد (شريت اللحم من مسلم او كتابي فيحل او) شريته (من مجوسي فيحرم) هذه العبارة اولى من عبارة الكنز وهو قوله ويقبل قول الكافر في الحل والحرمة لان شارحه الزيلعي قال هذا سهو لان الحل والحرمة من الديانات وانما يقبل قوله في المعاملات خاصة للضرورة انتهى لكن حمله على المساهلة اولى من حمله على السهو و يكون المراد يقبل قول الكافر فيما يؤدي الى الحل والحرمة لانه قال العيني اراد بالحل الحل الضمني و بالحرمة الحرمة الضمنية لانه اراد حاصل مسئلة في الهداية وهو قوله ومن ارسل اجيراله مجوسيا او خادما فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودي او نصراني او مسلم وسعه اكله لان قول الكافر مقبول في المعاملات لانه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة وقوع المعاملات وان كان غير ذلك لم يسعه ان يأكل منه معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم لانه لما قبل قوله في الحل اولى ان يقبل في الحرمة ومراد الشيخ في الحل والحرمة هو هذا اعني لما قبل قوله في الحل اولى ان يقبل في الحرمة فافهم قال صاحب المنح و يقبل قول الفاسق والكافر في المعاملات لانها يكثر وجودها فيما بين اجناس الناس فلو شرطنا شرطا

زائدا ادى الى الحرج قتبل قوله مطلقا دفعا للحرج كما اذا اخبر انه وكيل فلان في بيع كذا فيجوز الشراء منه وكذا في الوكالات والمضاربات وغيرها وهذا اذا غلب على الرأى صدقه اما اذا غلب عليه كذبه فلا يعتمد عليه (و) يقبل (قول العبد والامة والصبي في الهدية) بان قال العبد او الامة او الصبي هذه هدية اهداها سيدى او ابي يجوز ان يأخذها لان الهدايا تبعث عادة على ايدى هؤلاء (و) يقبل قولهم (في الاذن) بان قال العبد او الامة او الصبي المميز اذن لى مولاى او الولى في البيع والشراء يجوز لمن سمع و يرى معاملته مع الغيران يبيع ويشترى منه والا يؤدى الى الحرج في استحضار الشهود الى مواضع العقود (وشرط العدل في الديانات) لانه لا يكثر وقوعها فلا حرج في اشتراط العدالة ولا حاجة الى قبول قول الفاسق لانه متهم فيها (كالخبر عن نجاسة الماء فيتيم) ولا يتوضأ (ان اخبر بها مسلم عدل ولو) وصلية (كان انثى او عبدا) لترجح جانب الصدق في خبره لظهور عدالته (ويتحرى في الفاسق) بنجاسة الماء (وفي) خبر (المستور ثم يعمل بغالب رأيه) ان وقع في قلبه صدقه يتيم وان وقع فيه كذبه يتوضأ لترجح جانب الكذب (ولو اراق الماء) الذى اخبر بنجاسته فاسق او مستور (فتيم عند غلبة صدقه او توضأ) معطوف على قوله اراق والمعنى لو لم يرق الماء وتوضأ (وتيم عند غلبة كذبه كان احوط) كما في شرح الوقاية وغيره وفي الجوهرة وهذا جواب الحكم اما الاحتياط فيتيم بعد الوضوء

فصل في اللبس

لما فرغ من مقدمات مسائل الكراهة ذكر تفصيل ما يحتاج اليه الانسان قدم اللبس لكثرة الاحتياج اليه (الكسوة منها فرض وهو) اى ما هو فرض (ما يستر العورة ويدفع ضرر الحر والبرد) قال الله تعالى خذوا زينتكم عند كل مسجد اى ما يستر عوراتكم عند الصلاة ولانه لا يقدر على اداء الصلاة الا بستر العورة وخلقته لا تتحمل الحر والبرد فيحتاج الى دفع ذلك بالكسوة فصار نظير الطعام والشراب فكان فرضا كما في الاختيار (والاولى كونه من القطن او الكتان) وهو المأثور وهو ابعد عن الخيلاء (بين النفيس والخسيس) لئلا يحتقر في الدنى ويأخذه الخيلاء في النفيس وعن النبي عليه السلام انه نهى عن الشهرتين وهو ما كان في نهاية النفاسة وما كان في نهاية الخساسة وخير الامور اوساطها (ومستحب وهو الزائد) على قدر الضرورة وفي المنح وهو ما يحصل به اصل الزينة في الازار والرداء والعمامة والقميص الرقيق ونحوها (لاخذ الزينة)

المأمور به بقوله تعالى خذوا زينتكم الآية (واظهار نعمة الله تعالى) خصوصا اذا كان ذا علم ومروءة وفي التتمة العمامة الطويلة ولبس الثياب الواسعة حسن في حق الفقهاء الذين هم اعلام الهدى دون سائر الناس الاحسن ان يلبس احسن ثيابه للصلاة وفي الحديث صلاة مع عمامة خير من سبعين صلاة بغير عمامة وروى من صلى وجيبه مشدود كان خيرا ممن صلى سبعين صلاة وجيبه مكشوف قال عليه السلام ان الله يحب ان يرى اثر نعمه على عبده (ومباح وهو الثوب الجميل للتزين) في الجمع والاعياد ومجامع الناس اذا لم يكن للكبر وكذا جمع المال اذا كان من حلال لان النبي عليه السلام خرج وعليه رداء قيمته الف درهم وربما قام عليه الصلاة والسلام الى الصلاة وعليه رداء قيمته اربعة آلاف درهم وكان الامام ابو حنيفة يرتدى برداء قيمته اربع مائة دينار وكان يقول لتلامذته اذا رجعتم الى بلادكم فعليكم بالثياب النفيسة قال السرخسي يلبس الغسيل في عامة الاوقات ويلبس الاحسن في بعض الاوقات اظهارا لنعمة الله تعالى حتى لا يؤذي المحتاجين كما في البزازية وفي القنية وعن النخعي كان يخرج من بيته في ثياب حسنة واصحابه يقولون نحن نعرف حقيقة انه يحل له الآن اكل الميتة (ومكروه وهو اللبس للتكبر) والخيلاء لقوله عليه السلام لمقداد بن معدى كرب كل والبس واشرب من غير مخيلة (ويستحب الثوب الابيض والاسود) لقوله عليه السلام ان الله يحب الثياب البيض وانه خلق الجنة بيضاء وقد روى انه عليه السلام لبس الجبة السوداء والعمامة السوداء يوم فتح مكة ولا بأس بالازرق وفي الشرعة ولبس الاخضر سنة (ويكره) الثوب (الاحمر والمعصفر) للرجال لانه عليه السلام نهى عن لبس الاحمر والمعصفر وفي المنح ولا بأس بلبس الثوب الاحمر وبه صرح ابو المكارم في شرح النقاية وهذا ظاهر في ان المراد بالكراهة كراهة التنزيه لانها ترجع الى خلاف الاولى كما صرح به كثير من المحققين لان كلمة لا بأس تستعمل غالبا فيما تركه اولى كما قاله بعض اهل التحقيق لكن صرح صاحب تحفة الملوك بالحرمة فافاد ان المراد كراهة التحريم وهو المحمل عند الاطلاق (والسنة ارخاء طرف العمامة بين كتفيه) هكذا فعله النبي عليه السلام (قدر شبر وقيل الى وسط الظهر وقيل الى موضع الجلوس واذا اراد تجديد لفها نقضها كالفها) ولا يلقيها على الارض دفعة واحدة هكذا نقل من فعله عليه السلام كما في الاختيار (ويحل للنساء لبس الحرير ولا يحل للرجال) ولو بحائل بينه وبين بدنه على المذهب كما في التنوير لان النبي عليه السلام نهى عن لبس الحرير والديباج وقال انما يلبسه من لا خلاق له اى لا نصيب له في الآخرة وانما جاز للنساء بحديث آخر وهو ما رواه عدة من الصحابة رضي الله

تعالى عنهم فيهم على رضى الله عنه ان النبى عليه السلام خرج وباحدى يديه حرير وبالاخرى ذهب وقال هذ ان حراما على ذكور امتى حلال لاناثهم ويروى حل لاناثهم الا ان القليل عفو وعن هذا قال (الاقدر اربع اصابع) مضمومة فلا يحرم فهو استثناء من قوله ولا يحل وفى القنية من اصابع عمر رضى الله عنه وذلك قيس شبرنا يرخص فيه وفى المنح القليل من الحرير عفو وهو مقدار ثلاث اصابع يعنى مضمومة وذلك كالعلم لان الناس يلبسون الثياب وعليها الاعلام والطرز فى تلك الاعصار من غير نكير وان كان اكثر من الاربع فهو مكروه وقد روى ان النبى عليه السلام لبس جبة مكفوفة بالحرير وروى انه لبس فروة اطرافها من الديباج وكان المعنى فى ذلك انه تبع كما فى الدراج وفى السير الكبير العلم حلال مطلقا صغيرا كان او كبيرا انتهى هذا مخالف لما وقع فى كثير من المعتبرات من التقييد بثلاث اصابع اواربع وفيه رخصة عظيمة لمن ابتلى بذلك من الاشراف والعلماء وكذلك اذا كان فى طرف القلنسوة لابأس به اذا كان قدرا ربع اصابع اودونها فى ظاهر المذهب كما فى القنية وعن محمد انه قال لاينبغى ذلك فى القلنسوة وان كان اقل من اربع اصابع وفى المجتبى وانما رخص الامام فى عرض الثوب قلت وهذا يدل على ان القليل فى طوله يكره وبه جزم مولى خسرو لكن اطلاق الهداية وكثير من المعتبرات مخالف وفى القنية نقلا عن برهان صاحب المحيط ان عند الامام لايكره لبس الحرير اذا لم يتصل بجلده حتى لو لبسه فوق قميص من غزل او نحوه لايكره عنده فكيف اذا لبسه فوق قباء اوشئ آخر محشو او كانت جبة من حرير بطانتها ليس بحرير ولو لبسها فوق قميص غزلى قال رضى الله تعالى عنه وفى هذا رخصة عظيمة فى موضع عم به البلوى ولكن طلبت هذا القول عن الامام فى كثير من الكتب فلم اجد سوى هذا ثم قال نقلا عن الحلو انى قال ومن الناس من يقول انما يكره الحرير اذا كان يمس الجلد ومالا فلا وعن ابن عباس رضى الله عنهما انه كان عليه جبة من حرير فقيل له فى ذلك فقال اماترى الى مايلى الجسد وكان تحته ثوب من قطن ثم قال الا ان الصحيح ماذكرنا ان الكل حرام وفى الجامع للبزدوى ومن الناس من اباح لبس الحرير والديباج للرجال ومنهم من قال هى حرام على النساء ايضا وعامة الفقهاء على انه يحل للنساء دون الرجال انتهى قال عبد البر فى شرح الوهبانية بعد حكايته لما قدمناه عن القنية قلت وفى حفظى من خزانة الاكمل مالفظه قال الامام ومحمد لابأس بلبس الحرير وقلنسوة الثعالب انتهى وهذا مطلق وفيه زيادة محمد مع الامام كما فى المنح والتنوير والثوب المنسوج بذهب يحل اذا كان هذا المقدار والا لاولابأس بكلة ديباج

للرجال لانها كالبيت وكذ الابأس بملاءة حرير يوضع في مهد الصبي لانه ليس بلبس وفي القنية تكره التكة المعمولة من الابريسم هو الصحيح وكذا القلنسوة وان كانت تحت العمامة والكيس الذي يعلق لكن في العتاوى الصغرى والذخيرة وشرح القدوري لاتكره التكة من الحرير عند الامام وعند ابي يوسف يكره واختلف في عصبة الجراحة بالحرير وعن محمد لابأس ان يكون عروة القميص وزره من الحرير وهو كالعلم يكون في الثوب ومعه غيره فلا بأس به وان كان وحده كرهته واكره تكة الحرير لانها تلبس وحدها لانه اذا كان معه غيره فاللبس لايكون مضافا اليه بل يكون تبعا في اللبس والمحرم هو لبس الحرير كما في المحيط وفي القهستاني ولابأس ان يشد خمارا اسود من الحرير على العين الرامدة او الناظرة الى الثلج وكذا لو صلى على سجادة من الابريسم لايكره فان الحرام هو اللبس اما الانتفاع بسائر الوجوه فليس بحرام (ولا بأس) للرجال والنساء (بتوسده) اى باتخاذ الحرير وسادة (وافتراشه) اى اتخاذه فرشا والنوم عليه وكذا ستر الحرير وتعليقه على الباب عند الامام (خلافا لهما) لعموم النهي ولانه من زي الاكاسرة والجبابرة والتشبه بهم حرام قال عمر رضي الله عنه اياكم وزي الاعاجم وبه قالت الائمة الثلاثة وهذا الخلاف على قول القدوري وصاحب المنظومة والمجمع وذكر في الجامع الصغير الخلاف بين الامام ومحمد وذكر ابو الليث ان ابا يوسف مع الامام وله ماروي انه عليه السلام جلس على مرفقة حرير وقد كان بساط عبدالله بن عباس رضي الله عنهما مرفقة حرير ولان القليل من الملبوس مباح كالاعلام فكذا القليل من اللبس وهو التوسد والافتراش ولانه ليس باستعمال كامل بل استعمال على سبيل الامتهان فكان قاصرا عن معنى الاستعمال والتزيين فلم يتعد حكم التحريم من اللبس الذي هو في الاستعمال اليه فلم يحرم بل كان ذلك تقليلا للبس وانموذجا وترغيبا في نعيم الآخرة ونظيره انكشاف العورة في الصلوة فان القليل منه لايفسد وكذا الكثير في الزمان القليل كما في المطلب وغيره (ولا بأس بلبس ماسداه) بالفتح اى ماسدى من الثوب بالفارسية تان وتار (ابريسم) بكسر الهمزة وسكون الباء وكسر الراء وفتحها وحركات السين المهملة عربي اومعرب (ولحمته) مادخل بين السدى (غيره) اى غير الابريسم سواء كان مغلوبا اوغالبا اومساويا للحرير كالقطن والكتان والصوف يعني في الحرب وغيره لان الصحابة رضي الله تعالى عنهم كانوا يلبسون مثل هذا ولان الثوب يصير بالنسج والنسج باللحمة فهي معتبرة لكونها علة قريبة فيضاف الحكم من الحل والحرمة اليها دون السدى فيكون العبرة لما يظهر دون مايخفى وقيل لايلبس الا اذا غلب اللحمة على الحرير والصحيح

الاول وهذا بالاجماع (وعكسه) اى ما لحمته ابريسم وسداه غيره (لايلبس الافى الحرب) لافى غيره وهذا ايضا بالاجماع للضرورة (ويكره لبس خالصه) اى الحرير (فيها) اى فى دار الحرب عند الامام (خلافا لهما) فان عندهما يجوز لماروى انه عليه السلام رخص لبس الحرير والديباج فى الحرب ولان فيه ضرورة فان الخالص منه ادفع مضرة السلاح واهيب فى عين العدو لبريقه وله اطلاق النصوص الواردة فى النهى عن لبس الحرير والضرورة اندفعت بالمخلوط الذى لحمته حرير فلاحاجة الى الخالص منه وفى المنح وهذا اذا كان الثوب صفيقا يحصل به اتقاء العدو فى الحرب اما اذا كان رقيقا لايحصل منه الاتقاء فان لبسه لا يحل بالاجماع لعدم الفائدة ولا بأس بلبس الفراء كلها من جلود السباع والانعام وغيرها من الميتة المدبوغة والذكية وكذلك الصوف والوبر واللبد لانها عين طاهرة مباحة وقال ابويوسف اكره ثوب القزيكون بين الفرو والظهارة ولاارى بحشو القز بأسا لان الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس (ويجوز للنساء التحلى بالذهب والفضة لا) يجوز (للرجال) اما بالذهب فلماروينا واما بالفضة فلانها فى معنى الذهب فى التزين ووقوع التفاخر بها (الا الخاتم) على هيئة خاتم الرجال اما اذا كان له فصان او اكثر فحرام (والمنطقة وحلية السيف من الفضة) لانها مستثناة مما لايجوز للرجال تحقيقا لمعنى النموذج والفضة اغنت عن الذهب لانهما من جنس واحد وقد ورد آثار فى جواز التختم بالفضة وكان النبى عليه السلام اتخذ خاتما من فضة وكان فى يده حتى توفى ثم فى يد ابى بكر الى ان توفى ثم فى يد عمر الى ان توفى ثم فى يد عثمان رضى الله عنهم الى ان وقع من يده فى البئر فانفق مالا عظيما فى طلبه فلم يجده وقالوا ان قصد بالتختم التجبر فمكروه وفى الاختيار سن ان يكون الخاتم على قدر مثقال اودونه (و) الا (مسمار الذهب فى ثقب الفص) لانه تابع كالعلم فى الثوب ولايعد لابساله (و) الا (كتابة الثوب بذهب او فضة) لانه تبع للثوب ولاحكم له وفيه خلاف ابى يوسف (و) الا (شد السن بالفضة ولا يجوز بالذهب) عند الامام (خلافا لهما) وفى الهداية ولايشد الاسنان بالذهب ويشد بالفضة وهذا عند الامام وقال محمد لابأس بالذهب ايضا وعن ابى يوسف مثل قول كل منهما فلهذا قال فى التبيين عند الامام وابى يوسف لان المحرم لايباح الا للضرورة وهى تندفع بالفضة وقال محمد يجوز بالذهب ايضا لماروى عن عرفجة بن اسعد اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ انفا من فضة فانتن فامره عليه السلام ان يتخذ انفا من ذهب وبه قالت الائمة الثلاثة قلنا الكلام فى السن والمروى فى الانف ولايلزم من الاغناء فى السن

الا يرى ان التختم جاز لاجل الختم ثم لما وقع الاستغناء بالادنى لايسار الى الاعلى ولايجوز قياسه على الانف فكذا هنا و يحتمل انه عليه السلام خص عرفجة بذلك كما خص الزبير وعبد الرحمن رضى الله عنهما بلبس الحرير لاجل الحكة فى جسمهما (ولايتختم بحجر ولاصفر ولا حديد) لما روى ان النبى عليه السلام نهى عن التختم من هذه الانواع (وقيل يباح بالحجر اليشب) لانه ليس بحجر اذليس له ثقل الحجر واطلاق الجواب فى الكتاب يدل على تحريمه كما فى الهداية وفى الدرر نقلا عن السرخسى والاصح انه لابأس به كالعقيق فانه عليه السلام كان يتختم بالعقيق وقال تختموا بالعقيق فانه مبارك وفى الخانية والصحيح انه لابأس به لانه ليس بذهب ولاحديد ولاصفر بل هو حجر وتمامه فيه فليطالع وفى المنح لان حل العقيق لما ثبت حل سائر الاحجار لعدم الفرق بين حجر وحجر لكن يجوز التختم ان كانت الحلقة من الفضة والفص من الحجر سواء كان من عقيق او زبرجد اوفيروزج وغيرها لكونه تابعا ولان القوام بها ولا يعتبر بالفص و يجعل الفص الى باطن كفه بخلاف المرأة لانه للزينة فى حقها و يلبس خاتمه فى اليسرى لافى اليمنى ولا فى غير خنصره اليسرى من اصابعه وسوى الفقيه ابو الليث بين اليمين واليسار وهو الحق لاختلاف الروايات (وترك التختم افضل لغير السلطان والقاضى) لعدم احتياجه اليه بخلاف السلطان والقاضى كما فى الهداية وفى المنح وظاهر كلامهم انه لاخصوصية لهما بل الحكم فى كل ذى حاجة كذلك فلو قيل وترك التختم افضل لغير ذى حاجة اليه ليدخل فيه المباشر ومتولى الاوقاف وغيرهما ممن يحتاج الى الختم لضبط المال كان اعم فائدة كما لايخفى انتهى لكن ذكر الشئ لاينافى جريان الحكم على غير هذا الشئ عند وجود العلة وهى الحاجة والضرورة خصوصا فى امر الاستحباب تدبر (ويجوز الاكل والشرب من اناء مفضض والجلوس على سرير مفضض بشرط اتقاء موضع الفضة) بان لايكون الفضة فى موضع الفم عند الاكل والشرب وقيل يتقى موضع الفم واليد وفى موضع الجلوس عنده هذا عند الامام (ويكره) ذلك (عند ابى يوسف) مطلقا (وعن محمد روايتان) فى رواية مع الامام وفى رواية مع ابى يوسف وعلى هذا الخلاف الاناء المضبب بالذهب والفضة والكرسى المضبب بهما وكذا اذا فعل ذلك فى السقف والمسجد وحلقة المرآة وجعل مصحف مذهبا او مفضضا كما لو جعله فى نصل سيف وسكين اوفى قبضتهما او فى لجام او ركاب ولم يضع يده موضع الذهب والفضة كما فى التنوير وفى الهداية وغيرها وهذا الاختلاف فيما يخلص واما التمويه الذى لا يخلص فلا بأس به بالاجماع لانه مستهلك فلاعبرة لبقائه لونا لهما ان مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع

الاجزاء فيكره كما اذا استعمل موضع الـذهب والفضة وللامام ان ذلك تابع ولا يعتبر بالتوابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم فى الثوب (ويكره الباس الصبى ذهبا او حريرا) لئلا يعتاده والاثم على الملبس كالخمر فان سقيها الصبى حرام كشربها وكذا الميتة والدم وفى التنوير لا بأس بلبس الصبى اللؤلؤ وكذا البالغ (ويكره حمل خرقة لمسح العرق او المخاط او) ماء (الوضوء) لانه نوع تجبر لكن الصحيح انها ان كانت لحاجة لا يكره كما فى الهداية وغيرها (والرتم) وهو الخيط الذى يعقد على الاصبع لتذكر الشئ (لا بأس به) لانه ليس بعبث لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكر عند النسيان اما شد الخيوط والسلاسل على بعض الاعضاء فانه مكروه لكونه عبثا محضا وحاصله ان كل ما فعل على وجه التجبر فهو مكروه وبدعة وما فعله لحاجة وضرورة لا يكره وهو نظيرا لتربع فى الجلوس والاتكاء

فصل

فى بيان احكام النظر ونحوه كالمس (ويحرم النظر الى العورة الا عنـد الضـرورة كالطبيب) اى له النظر الى الموضع ضرورة فيرخص له احياء لحقوق الناس ودفعا لحاجتهم (والخاتن والخافضة) بالخاء والضاد المعجمة هى التى تختن النسـاء (والقابلة والحاقن) الذى يعمل الحقنة (ولا يتجاوز) كل واحد منهم (قدر الضروة) فانه يلزم ان يغضوا ابصـارهم من غير موضع المرض والختان والحقنـة وفى التبييـن وينبغى للطبيب ان يعـلم امرأة اذا كان المريض مرأة ان امكن لان نظر الجنس اخف وان لم يمكن يسـتر كل عضو منهـا سوى موضع المرض ثم ينظر و يغض بصره عن غير ذلك المو ضع ما استـطاع لان ما ثبت للضرورة يتقدر بقـدرها (و ينظر الرجل من الرجل الى ماسـوى العورة) وقد بينت فى الصلوة ان العورة ما بين السرة الى الركبـة والسرة ليست بعورة خلافا لمـا يقوله ابو عصمة والشافعى والركبـة عورة خلافا للشـافعى ثم حكم العورة فى الركـبة اخف منه فى الفخذ وفى الفخذ اخف منه فى السوءة حتى ينكر عليـه فى كشف الركبة برفق وفى الفخـذ بعنف وفى السوءة بضرب ان اصر وفى القهستانى والاولى تنكير الرجل لئلا يتوهم ان الثانى عين الاول وكذا الكلام فيما بعده وفيه اشعار بانه لا بأس بالنظر الى الامرد الصبيح الوجه وكذا الخلوة ولذا لم يؤمر بالنقـاب كما فى التجنيس انتهى (وتنظر المرأة) المسلمة (من المرأة) لوجود المجـانسة وانعدام الشهوة غالبا لان المرأة لا تشتهى المرأة كما لا يشتهى الرجل الرجل ولان الضرورة داعية الى الا نكشـاف فيمـا بينهن وعن الامام

ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل ذاوت محارمه والاول اصح كما فى اكثر المعتبرات (ومن الرجل الى ماينظر الرجل من الرجل) اى الى ماسوى العورة (ان امنت الشهوة) وذلك لان ماليس بعورة لا يختلف فيه النساء والرجال فكان لها ان تنظر منه ماليس بعورة وان كانت فى قلبه شهوة اوفى اكبر رأيها انها تشتهى اوشكت فى ذلك يستحب لها ان تغض بصرها ولوكان الرجل هو الناظر الى مايجوز له النظر منها كالوجه والكف لاينظر اليه حتما مع الخوف وانما قيدنا بالمسلمة لان الذمية كالرجل الاجنبى فى الاصح الى بدن مسلمة كما فى المجتبى وفى المجتبى والتنوير وكل عضو لايجوز النظر اليه قبل الانفصال لايجوز بعده هو الاصح كشعر رأسها (وينظر الرجل) الى جميع بدن (زوجته وامته التى يحل له) اى للرجل (وطؤها) لقوله عليه السلام غض بصرك الاعن زوجتك وامتك قيل الاولى ان لاينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لانه يورث النسيان وكذا الاينظر الرجل عورة نفسه لان الصديق رضى الله تعالى عنه لاينظر الى عورته ولايمسها بيمينه قط وقال البعض ان الاولى ان ينظر الى فرج امرأته وقت الوقاع ليكون ابلغ فى تحصيل معنى اللذة وقيد الامة بكونها يحل له وطؤها لان مالايحل وطؤها كامته المشتركة او المنكوحة للغير اوالمجوسية لايحل له النظر الى فرجها (و) ينظر (من محارمه) نسبا اورضاعا اومصاهرة بالنكاح وكذا بالسفاح على الاصح كما فى القهستانى ولذا قال فى المنح وغيره والمصاهرة وان كان بزنا (و) من (امة غيره) ولو مكاتبة اومدبرة اوام ولد اومعتقة البعض عنده (الى الوجه والرأس والصدر والساق والعضدان امن شهوته) لقوله تعالى ولايبدين زينتهن الا لبعولتهن اذ المراد بالزينة مواضع الزينة بطريق حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه لان الرأس موضع التاج والشعر موضع العقاص والوجه موضع الكحل والعنق موضع القلادة التى تنتهى الى الصدر والاذن موضع القرط والعضد موضع الدملوج والساعد موضع السوار والكف موضع الخاتم والساق موضع الخلخال والقدم موضع الخضاب فحل النظر للمحارم الى تلك الاعضاء لان المرأة تكون فى بيتها فى ثياب مهنتها عادة ولا تكون مستترة ويدخل عليهن بعض المحارم من غير استيذان فلو حرم النظر الى هذه المواضع يؤدى الى الحرج وكذا الرغبة تقل للحرمة المؤبدة فقلما تشتهى بخلاف ماوراءها لانها لاتنكشف عادة وحكم امة الغير كحكم المحرم لانها تحتاج الى الخروج لحوائج مولاها فى ثياب مهنتها وكان عمر رضى الله تعالى عنه اذا رأى جارية متقنعة يضربها بالدرة ويقول الق عنك الخمار يادفار اتتشبهين بالحرائر ولايحل النظر الى بطنها وظهرها خلافا لمحمد بن مقاتل فانه قال ينظر الى ظهرها وبطنها

(ولا بأس بمسه) اى بمس الرجل المواضع التى يحل النظر اليها من محارمه وامة غيره (بشرط امن الشهوة فى النظر والمس) لتحقق الحاجة الى ذلك بالاركاب والانزال فى المسافرة والمخالطة وكان عليه السلام يقبل رأس فاطمة رضى الله عنها ويقول اجد منها ريح الجنة (ولا ينظر الرجل الى البطن والظهر والفخذ وان) وصلية (امن) اى عن الشهوة لانها ليست مواضع الزينة وقال الشافعى يجوز له ان ينظر الى محارمه و بطنها (ولا) ينظر الرجل (الى الحرة الاجنبية الا الى الوجه والكفين ان امن الشهوة) لان ابداء الوجه والكف يلزمها بالضرورة للاخذ والاعطاء ولا ينظر الى قدميها لعدم الضرورة فى ابدائهما فى ظاهر الرواية وعن الامام يحل النظر الى قدميها اذا ظهرتا فى حال المشى وعن ابى يوسف انه يباح النظر الى ذراعها ايضا لانها قد يبدو منها عادة (والا) اى وان لم يأمن الشهوة (فلا يجوز) النظر الى الوجه والكفين لقوله عليه السلام من نظر الى محاسن امرأة بشهوة صبت فى عينيه الآنك يوم القيمة قالوا ولا بأس بالتأمل فى جسدها وعليها ثياب مالم يكن ثوب يبين حجمها فيه فلا ينظر اليه حينئذ كما فى التبيين (لغير الشاهد عند الاداء) فلا يجوز عند التحمل ان ينظر مع عدم امن الشهوة فى الاصح لان وجود من لا يشتهى فى التحمل ليس بمعدوم بخلاف من يؤديها وقيل يباح كما فى النظر عند الاداء (والحاكم عند الحكم) وان لم يأمنا لانهما مضطران اليه فى اقامة الشهادة والحكم عليها كما يجوز له النظر الى العورة لاقامة الشهادة على الزنا (ولا) يجوز (مس ذلك) اى الوجه والكفين (وان امن) الشهوة (ان كانت) المرأة (شابة) قال عليه السلام من مس كف امرأة ليس منها سبيل وضع على كفه جمرة يوم القيمة ولان المس اغلظ من النظر لان الشهوة فيه اكثر (ويجوز) مسه (ان كانت عجوزا لا تشتهى) لانعدام خوف الفتنة (وهو شيخ يأمن على نفسه وعليها) وان كان لا يأمن على نفسه او عليها لا يحل له مصافحتها لما فيه من التعرض للفتنة (ويجوز النظر والمس مع خوف الشهوة عند ارادة الشراء) للضرورة وفى الهداية واطلق ايضا فى الجامع الصغير ولم يفصل بين وجود الشهوة وعدمها سواء كان فى النظر او فى المس حيث قال رجل اراد ان يشترى جارية لا بأس بان يمس ساقها وذراعها وصدرها وينظر الى صدرها وساقها مكشوفين وقال مشايخنا يباح النظر فى هذه الحالة وان اشتهى للضرورة ولا يباح المس اذا اشتهى او كان اكثر رأيه ذلك لانه نوع استمتاع وفى الاختيار اذا اراد الرجل الشراء يباح له النظر مع الشهوة دون المس انتهى فعلى هذا يلزم لمص التفصيل (او النكاح) فلا بأس ان ينظر اليها مع الشهوة لما روى

ان المغيرة اراد ان يتزوج امرأة فقال عليه السلام انظر اليها فانه احرى ان يدوم بينكما (والعبد مع سيدته كالاجنبي) من الرجال حتى لايجوز لها ان تبدى من زينتها الا ما يجوز ان تبديه للاجنبي ولايحل له ان ينظر من سيدته الا مايجوز ان ينظر اليه من الاجنبية وقال مالك هو كالمحرم وهو احد قولى الشافعي (والمجبوب والخصى كالفحل) اما المجبوب فانه يسحق فينزل قيل ان جف ماء المجبوب يحل اختلاطه بالنساء في حقه وقيل لايحل في الاصح واما الخصى فلقول عائشة رضي الله عنها الخصاء مثلة فلا تبيح ما كان حراما قبله ولانه فحل يجامع وكذا المخنث في الردى من الافعال كالفحل الفاسق ويكره للرجل ان يقبل الرجال سواء كان فمه اويده اوعضوا منه وكذا تقبيل المرأة فم امرأة اوخدها عند اللقاء والوداع (اويعانقه في ازار بلاقميص) عند الطرفين (وعند ابي يوسف لايكره) لماروى انه عليه السلام عانق جعفر عند قدومه من الحبشة وقبل مابين عينيه ولهما ماروى انس رضي الله عنه قال قلنا لرسول الله عليه السلام ايعانق بعضنا لبعض قال لاقلنا ايصافح بعضنا لبعض قال نعم قالوا الخلاف فيما اذا لم يكن عليهما غير الازار اما اذا كان عليهما قميص اوجبة جاز بالاجماع وقال الامام ابو المنصور ان المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة واما على وجه البر والكرامة فجائز عند الكل (ولا بأس بالمصافحة) لانها سنة قديمة متوارثة في السنة والسنة في المصافحة بكلتا يديه ولايجوز للرجل مضاجعة الرجل وان كان كل واحد منهما في جانب من الفراش كما في التنوير (و) لا بأس (تقبيل يد العالم) اوالزاهد اعزازا للدين (اوالسلطان العادل) لعدله ويد غيرهم بتعظيم اسلامه واكرامه كما في القهستاني وقال سفيان الثوري تقبيل يد العالم اوالسلطان العادل سنة فقام عبدالله بن المبارك فقبل رأسه لكن تقبيل رأس العالم اجود وقال شرف الائمة لوطلب من عالم اوزاهد ان يدفع اليه قدمه ليقبله لم يجبه وقيل اجابه لان الصحابة رضي الله عنهم يقبلون اطراف النبي صلى الله عليه وسلم كما في الاختيار وفي التنوير وتقبيل يد نفسه مكروه كتقبيل الارض بين يدى العلماء والسلاطين فانه مكروه والفاعل والراضي آثمان لانه يشبه عبادة الوثن هذا على وجه التحية فلو كان على وجه العبادة يكفر وكذا من سجد له على وجه التحية لايكفر ولكن يصير آثما مرتكبا للكبيرة وفي الظهيرية انه يكفر بالسجدة مطلقا وقال شمس الائمة السرخسي السجود لغير الله تعالى على وجه التعظيم كفر وفي الاختيار ومن اكره على ان يسجد للملك الافضل انه لايسجد لانه كفر ولوسجد عند السلطان على وجه التحية لايصير كافرا وفي القهستاني يكره الايماء الى قريب الركوع كالسجود

وفي العمادية ويكره الانحناء لانه يشبه فعل المجوس وفي القهستاني ويكره عند المتفرقين لا عند ابي يوسف وفي القنية قيام الجالس في المسجد لمن دخل عليه تعظيما له وكذا القيام لغيره ليس بمكروه لعينه وانما المكروه محبة القيام ممن يقام له فان لم يحب القيام وقاموا له لا يكره لهم وكذا لا يكره قيام قارئ القرآن لمن يجيء عليه تعظيما له اذا كان ممن يستحق التعظيم وقيل له ان يقوم بين يدي العالم تعظيما له فاما في حق غيره فلا يجوز (و يعزل) المولى ماءه (عن امته عند الجماع (بلا اذنها) اى الامة لانه لا حق لها في الوطئ (لا) يعزل الزوج عن زوجته الا بالاذن) لان لها حقا في الوطئ (ولا تعرض الامة اذا بلغت في ازار واحد) لوجود الاشتهاء والمراد بالازار ما يستر بين السرة الى الركبتين لان ظهرها وبطنها عورة فلا يجوز كشفهما

فصل

في بيان احكام الاستبراء وهو طلب البراءة مطلقا وهنا طلب براءة الرحم (من ملك امة رقبة ويدا (بشراء اوغيره) كهبة ورجوع عنها او خلع او صلح او كتابة اوعتق عبد اوصدقة اووصية اوميراث او فسخ بيع بعد القبض اودفع بجناية او نحو ذلك (يحرم عليه) اى على المالك (وطؤها و) يحرم (دواعيه) اى دواعي الوطئ كالمس والقبلة والنظر الى الفرج لا فضائها الى الوطئ اولاحتمال وقوعها في غير ملكه اذا ظهر الحبل وادعاه البايع هذا رد لمن قال لا يحرم الدواعي لان الوطئ انما حرم لئلا يختلط الماء ويشتبه النسب وهذا معدم في الدواعي (حتى يستبرئ) المالك (بحيضة فيمن تحيض وبشهر في غيرها) اى يستبرئ بشهر واحد في الصغيرة والآيسة والمنقطعة الحيض فان الشهر قائم مقام الحيض في العدة فكذا في الاستبراء واذا حاضت في اثنائه بطل الاستبراء بالايام لان القدرة على الاصل قبل حصول المق بالبدل يبطل حكم البدل كالمعتدة بالشهور اذا حاضت وفي الهداية والاصل فيه قوله عليه السلام في سبايا اوطاس الالا توطؤا الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرين بحيضة وهذا يفيد وجوب الاستبراء بسبب احداث الملك واليد لانه هو الموجود في مورد النص وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحرمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه والولد عن الهلاك وذلك عند تحقق الشغل اوتوهمه بماء محترم (وفي) امة (مرتفعة الحيض) لا لآفة بان صارت ممتدة الطهر وهي ممن تحيض (لا باياس) يجب الاستبراء (ثلثة اشهر) لانها عدة الآيسة والصغيرة ليتبين انها ليست بحامل

وفي اكثر المعتبرات لاتفيد في ظاهر الرواية عند الشيخين (وعند محمد باربعة اشهر وعشر) لانها مدة فراغ رحم الحرة المتوفى عنها زوجها (وفي رواية عن محمد بنصفها) اى بشهرين وخمسة ايام وفي المنح نقلا عن الكافي والفتوى عليه لان هذه المدة متى صلحت للتعرف عن شغل يوهم بالنكاح في الاماء فلان يحصل للتعرف عن شغل يتوهم بملك اليمين وهو دونه اولى (وفي) الامة (الحامل) الاستبراء (بوضعها) اى بوضع حملها لما روينا آنفا (ولو) وصلية (كانت) الامة (بكرا) متصل بقوله يحرم (اومشرية امرأة اومن مال طفل) بان باع ابوه اووصيه وكذا الحكم اذا اشتراه من مال ولده الصغير كما في الغاية (اوممن يحرم عليه وطؤها) كالمحرم رضاعا اومصاهرة اونحوذلك ولكن غيرذى رحم محرم حتى لاتعتق الامة عليه وانما حرمت عليه اقامة لتوهم شغل الرحم مقام تحققه لوجود السبب وهو الملك واليد اذ الحكم يدار على السبب وعن ابى يوسف اذا تيقن بفراغ رحمها من ماء البايع لم يستبره وفي الاصلاح في هذا المحل كلام وفي شرح الوقاية لابن الشيخ جواب ان شئت فراجعهما (ويستحب الاستبراء للبايع) اى يستحب لمن يريد بيع امته الموطوءة ان يستبرئها بترك الوطئ تجنبا عن احتمال اشتغال رحم مااراد بيعها بمائه (ولايجب عليه) لان ملك البايع قائم وهو يقتضي جواز وطئها خلافا لمالك (ولاتكفى في الاستبراء (حيضة ملكها) المشترى (فيها) اى في الحيضة يعنى لايعتبر بالحيضة التى اشترى بها في خلال الحيضة لان الواجب عليها الحيضة الكاملة (ولا) تكفى الحيضة (التى) حدثت بعد تملكها بسبب من الاسباب (قبل القبض) اى الامة لانها وجدت قبل علته وهو الملك واليد جميعا فلايعتبر احدهما (او) التى حاضت بها (قبل الاجازة في بيع الفضولى) اى باعها الفضولى فحاضت قبل الاجازة وان كانت في يد المشترى كما لايعتبر بالحاصل بعد القبض في الشراء الفاسد قبل ان يشتريها شراء صحيحا لانتفاء العلة (وكذا الولادة) اى لاتكفى الولادة التى حصلت بعد سبب الملك قبل القبض لانتفاء العلة خلافا لابى يوسف (وتكفى حيضة وجدت) تلك الحيضة (بعد القبض وهى) اى والحال ان الامة (مجوسية فاسلمت) لانها وجدت بعد سببه وحرمة الوطئ لمانع وقد زال كما في حالة الحيض وكذا المكاتبة بان كاتبها بعد الشراء فعجزت (فيجب) الاستبراء (عند تملك نصيب شريكه) في الامة المشتركة بينهما لان السبب قدتم في ذلك الوقت والحكم يضاف الى تمام العلة (لا) يجب (عند عود الامة الآبقة ورد المغصوبة والمستأجرة) على صيغة المفعول (وفك المرهونة) لما مر من انعدام السبب هذا ان ابقت في دار الاسلام ثم رجعت اما ان ابقت الى

دار الحرب ثم عادت اليه بوجه من الوجوه فكذلك عند الامام وعندهما يجب عليه الاستبراء (ولا يكره الحيلة لاسقاطه) اى الاستبراء (عند ابى يوسف خلافا لمحمد) اذ عنده مكروهة (واخذ بالاول) اى بعدم كراهة الحيلة (ان علم عدم الوطئ من المالك الاول) في هذا الطهر (و) اخذ (بالثانى) اى بكراهة الحيلة (ان احتمل) الوطئ منه وفى الدرر وبه يفتى (والحيلة) في اسقاطه (ان لم تكن تحته) اى تحت المشترى (حرة ان يتزوجها) اى الامة التى يريد شرائها من سيدها (ثم يشتريها) بعد تسليمها المولى اليه ذكر هذا القيد في الخانية ولا بد منه كيلا يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح بالشراء فيجب الاستبراء بالقبض بحكم الشراء قيل لا يكفى القبض بل يشترط ان يطأ الزوج قبل الشراء لان ملك النكاح لا يجمع مع ملك اليمين فلا توجد الامة عند الشراء منكوحة ولا معتدة فيجب الاستبراء لتحقق سببه وهو استحداث حل الوطئ بملك اليمين اما اذا وطئها تصير معتدة فلا يجب الاستبراء (وان كانت تحته حرة فان يزوجها البايع) الى شخص ممن يثق به (قبل البيع او) يزوجها (المشترى) بشرط ان يكون امرها بيدها (بعد البيع) اى بيع البايع منه (قبل القبض ثم يطلق الزوج) قبل الدخول (بعد الشراء والقبض) ان كان التزويج من البايع قبل البيع (او بعد القبض) ان كان التزويج من المشترى بعد البيع قبل القبض يعنى الحيلة ان ينكحها البايع قبل شراء المشترى رجلا عليه اعتماد ان يطلقها ثم يشترى المشترى ثم يطلق الزوج فانه لا يجب الاستبراء لانه اشترى منكوحة الغير ولا يحل وطؤها فلا استبراء فاذا طلقها الزوج قبل الدخول حل على المشترى وحينئذ لم يوجد حدوث الملك فلا استبراء او ينكحها المشترى قبل القبض ذلك الرجل ثم يطلقها الزوج فان الاستبراء يجب بعد القبض وحينئذ لا يحل الوطئ فاذا حل بعد طلاق الزوج لم يوجد حدوث الملك (ومن ملك امتين لا تجتمعان) والجملة صفة امتين كما في الفرائد لكن في القهستانى والجملة حال لا صفة بحذف اللتين فانه مما اختلف فيه ولم يجوزه البصرية (نكاحا) كاختين او بنت وامها نسبا او رضاعا (فله) اى للمالك (وطؤ احديهما فقط) لا وطؤهما (ودواعيه) اى دواعى وطئ تلك الواحدة فقط دون وطئ الاخرى ودواعيه كالتقبيل بشهوة والمس بها (فان وطئهما او فعل بهما شيئا من الدواعى حرم عليه وطؤ كل منهما ودواعيه حتى يحرم احديهما) بتمليك او نكاح صحيح لآخر او عتق

فصل

في البيع (ويكره بيع العذرة) وهى رجيع الآدمى (خالصة) لان العادة لم تجر

بالانتفاع بها وانما ينتفع بهـا برماد اوتراب غالب عليهـا بالالقاء فى الارض فم يجوز بيعهـا وعن هـذا قال (وجاز) بيعهـا (لومخلوطة) برماد اوتراب (فى الصحيح) وفى التبيين والصحيح عن الامام ان الانتفاع بالعـذرة الخالصة جائز (وجاز بيع السرقين) مطلقا فى الصحيح عندنا لكونه مالا منتفعا به لتقوية الارض فى الانبات وعند الائمة الثلاثة لايجوز بيع السرقين كالعذرة مطلقـا لانها من الانجاس (والانتفاع) من العـذرة الخالصة والمخلوطة والسرقين (كالبيع) فى الحكم فما كان بيعه غير جائز يكون الانتفاع به غير جائز وما كان بيعه جائزا يكون الانتفاع به جائزا (ومن رأى جارية رجل مع آخر يبيعها قائلا وكلنى صاحبها) اى صاحب الجارية ببيعها (اواشتريتها) اى الجارية (منه) اى من صاحبهـا (اووهبهـا لى) صاحبها (اوتصدق) صاحبها (بها) اى بالجارية (على ووقع فى قلبه) اى فى قلب الرائى (صدقه) اى صدق البايع القائل بهذه الكلمات (حل له) اى للرائى (شراؤها) اى الجارية (منه) اى من البايع القائل (و) حل له (وطؤها) ايضا بعد الشراء لانه اخبر بخبر صحيح لامنازع له وقول الواحد فى المعاملات مقبول على اى وصف كان لمامر وهذا اذا كان ثقة وكـذا اذا كان غير ثقة واكبر رأيه انه صادق لان عدالة المخبر فى المعاملات غير لازمة للحاجة وان كان اكبر رأيه انه كاذب لايسع له ان يتعرض لشئ من ذلك كما فى الهـداية (ويجوز بيع بناء مكة) لكونه ملك من بناها وهذا بالاجماع الايرى ان من بنى على الارض الوقف جاز بيعه فهذا كذلك (ويكره بيع ارضها) اى ارض مكة (واجارتها) عند الامام لما روى ان النبى عليه السلام قال مكة حرام لاتباع رباعها ولاتوجر بيوتها ولان الحرم وقف الخليل عليه السلام ولقوله صلى الله عليه وسلم من اكل اجور ارض مكة فكانما اكل الربوا (خلافا لهما) لانهـا مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعى بها فصار كالبناء وقوله عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من ربع دليل على ان اراضيها تملك وتقبل الانتقال من ملك الى ملك وقد تعارفه النـاس بيع اراضيها والدور التى فيها من غير نكير وهو من اقوى الحجج وبه قال الشافعى (وقولهمـا رواية عن الامام) وفى شرح الكنز للعينى وبه يفتى (ويكره الاحتكار فى اقوات الآدميين) كالبر ونحوه (والبهـايم) كالشعير والتبن (فى بلد يضر باهله) لانه تعلق به حق العامة قيد بقوله يضر باهله لانه لوكان المصر كبيرا لايضر باهله فليس بمحتكر لانه حبس ملكه ولاضرر فيه لغيره (وعند ابى يوسف) لايختص بالاقوات بل يكره الاحتكار (فى كل مايضر احتكاره بالعـامة ولو) وصلية (كان ذهبا اوفضة اوثوبا) اونحو ذلك لانه اعتبر

حقيقة الضرر اذهو المؤثر فى الكراهة وعند محمد لا احتكار فى الثياب واختلفوا فى مدة حبس القوت المكروه قيل هى اربعون يوما بقوله عليه السلام من احتكر اربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل شهر لان مادونه قليل عاجل كما مر هذا فى حق المعاقبة فى الدنيا لكن الاثم يلزم فى مدة قليلة لكون التجارة غير محمودة فى الطعام (واذا رفع الى الحاكم حال المحتكر امره) اى القاضى المحتكر (ببيع ما يفضل عن حاجته) اى عن قوته وقوت عياله ودوابه (فان امتنع) المحتكر عن البيع حبسه القاضى وعزره و (باع عليه) وقيل لا يبيع عند الامام وعندهما يبيع وقيل يبيعه بالاجماع وهو الصحيح كما فى المنح وغيره فلهذا اتى بصورة الاتفاق (ولا احتكار فى غلة ضيعته) لانه خالص حقه (ولا فيما جلبه من بلد آخر) عند الامام لعدم تعلق اهل بلد بطعام بلد آخر (وعند ابى يوسف يكره) ان يحبس ما جلبه من بلد آخر لاطلاق قوله عليه السلام من احتكر فهو خاطئ (وكذا) يكره (عند محمد ان كان يجلب منه الى المصر عادة) فهو بمنزلة فناء المصر لتعلق حق العامة بخلاف ما اذا كان البلد بعيد المتجر العادة بالحمل منه الى المصر لانه لم يتعلق به حق العامة (وهو) اى قول محمد (المختار) هذا لم يوجد فى الكتب التى اخذ المص مسائل كتابه منها كما فى الفرائد (ويجوز بيع العصير) اى عصير العنب (ممن) يعلم انه (يتخذه خمرا) لان المعصية لا تقوم بنفس العصير بل بعد تغيره فصار عند العقد كسائر الاشربة من عسل ونحوه بخلاف بيع السلاح من اهل الفتنة لان المعصية تقوم بعينه (ولو باع مسلم خمرا واوفى دينه من ثمنها كره لرب الدين اخذه) يعنى كان لمسلم دين على مسلم فباع الذى عليه دين خمرا واخذ عنها وقضى به الدين لا يحل للداين ان يأخذ ثمن الخمر بدينه (وان كان المديون ذميا لا يكره) والفرق ان البيع فى الوجه الاول باطل لان الخمر ليس بمال متقوم فى حق المسلم فبقى الثمن على ملك المشترى فلا يحل اخذه وفى الوجه الثانى ان البيع صحيح لانه مال متقوم فى حق الكافر فيملكه البايع فيحل الاخذ منه (ويكره التسعير) لقوله عليه السلام لا تسعروا فان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ولان الثمن حق العاقد فلا ينبغى له ان يتعرض لحقه (الا اذا تعدى ارباب الطعام فى القيمة تعديا فاحشا) كالضعف وعجز الحاكم عن صيانة حقوقهم الا بالتسعير (فلا بأس ح به) اى بالتسعير (بمشورة اهل الخبرة) اى اهل الرأى والبصر لان فيه صيانة حقوق المسلمين عن الضياع فان باع باكثر مما سعره اجازه القاضى قيل اذا خاف البايع ان يضربه الحاكم ان نقص من سعره لا يحل ما باعه لكونه فى معنى المكره فالحيلة فيه ان يقول له المشترى بعنى ما تحبه فح باى شئ باع يحل كما فى الاختيار وغيره

لكن في الهداية وغيرها ومن باع منهم بما قدر الامام صح لانه غير مكره على البيع وان لم يوجد الرضى في التقدير فالمشتري اذا وجد المبيع ناقصا منه له ان يرجع على البايع بالنقصان لان المقدر المعروف كالمشروط (ويجوز شراء مالابد للطفل منه) مثل النفقة والكسوة (وبيعه) اى بيع مالابد للطفل من بيعه (لاخيه وعمه وامه وملتقطه ان هو) اى الطفل (في حجرهم) وقال الشافعي ومالك لايجوز شراؤهم وبيعهم له الا بامر الحاكم (وتوجره) اى الطفل (امه فقط) اذا كان (في حجرها) لانها تملك اتلاف منافعه بغير عوض بان تستخدمه فتملك اتلافها بعوضه والاجارة بالاولوية دون الاخ والعم والملتقط فانهم لايملكون اتلاف منافعه ولو في حجرهم هذه رواية الجامع الصغير وفي رواية القدوري يجوزان يوجره الملتقط ويسلمه في صناعة فجعله من النوع الاول وهذا اقرب لان فيه ضرورة ونفعا محضا للصغير واما الاب والجد ووصيهما فانهم يتملكون التصرف بحكم الولاية ولهذا لايشترط ان يكون في ايديهم وحجرهم

فصل في المتفرقات

(يجوز المسابقة بالسهام والخيل والحمير والابل والاقدام) لقوله عليه السلام لاسبق الا في خف اونصل اوحافر والمراد بالخف الابل وبالنصل الرمي وبالحافر الفرس والبغل وفي الحديث سابق رسول الله صلى الله عليه وسلم وابو بكر وعمر رضي الله عنهما فسبق رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه يحتاج اليه في الجهاد للكر والفر وكل ماهو من اسباب الجهاد فتعلمه مندوب اليه سعيا في اقامة هذه الفريضة وعن النبي عليه السلام لاتحضر الملائكة شيئا من الملاهي سوى النضال والرهان (فان شرط فيها) اى في المسابقة (جعل من احد الجانبين) مثل ان يقول احدهما لصاحبه ان سبقتني اعطيك كذا وان سبقتك لآخذ منك شيئا (او) شرط فيها جعل (من ثالث لاسبقهما) مثل ان يقول ثالث للمسابقين ايكما سبق له على كذا (جاز) لانه تحريض على آلة الحرب والجهاد لقوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم وفي القياس لايجوز لانه تعليق المال بالخطر وعند الائمة الثلاثة لايجوز في الاقدام (وان) شرط (من كلا الجانبين يحرم) بان يقول ان سبق فرسك اعطيتك كذا وان سبق فرسي فاعطني كذا لانه يصير قمارا والقمار حرام (الا ان يكون بينهما) فرس (محلل كفؤ لهما) اى لفرسيهما يتوهم انه يسبقهما (ان سبقهما اخذ) المال (منهما وان سبقاه لايعطيهما) شيئا اوبالعكس يعني شرط انهما ان سبقاه يعطيهما ولو سبقهما لايأخذ شيئا منهما كما في التسهيل (وفيما بينهما ايهما

سبق اخذ) المال المشروط (من الآخر) لان بالمحلل خرج من ان يكون قمارا فيجوز وان لم يكن الفرس المحلل مثلهما لم يجز لانه لا فائدة فى ادخاله بينهما فلم يخرج حينئذ من ان يكون قمارا (وعلى هذا لو اختلف) عالمان (اثنان فى مسئلة وارادا الرجوع الى شيخ) فاضل (وجعلا على ذلك جعلا) قال فى المنح لو وقع الاختلاف بين اثنين وشرط احدهما لصاحبه انه ان كان الجواب كما قلت اعطيتك كذا وان كان كما قلت لا آخذ منك شيئا فهذا جائز لانه لما جاز فى الافراس لمعنى يرجع الى الجهاد يجوز هنا للحث على الجهد فى طلب العلم لان الدين يقوم بالعلم كما يقوم بالجهاد (ووليمة العرس سنة) قديمة وفيها مثوبة عظيمة (ومن دعى) اليها (فليجب وان لم يجب اثم) لقوله عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى الله ورسوله فان كان صائما اجاب ودعا وان لم يكن صائما اكل ودعا وان لم يأكل اثم وجفا كما فى الاختيار (ولا يرفع منها) اى من الوليمة (شيئا ولا يعطى سائلا الا باذن صاحبها) لان لا اذن فى الاكل دون الرفع والاعطاء (وان علم المدعو ان فيها لهوا لا يجيب) سواء كان ممن يقتدى به اولا لانه لا يلزمه اجابة الدعوة اذا كان هناك منكر قال على رضى الله تعالى عنه صنعت طعاما فدعوت رسول الله عليه السلام فرأى فى البيت تصاوير فرجع بخلاف ما هجم عليه لانه قد لزمه (وان لم يعلم) ان ثمه (لهوا حتى حضر فان قدر على المنع فعل) المنع لانه نهى عن منكر (والا) اى وان لم يقدر عليه (فان كان مقتدى به او كان اللهو على المائدة فلا يقعد) لان فى ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين وقال تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين (والا) اى وان لم يكن مقتدى به ولم يكن اللهو على المائدة (فلا بأس بالقعود) والصبر فصار كتشييع الجنازة اذا كان معها نياحة حيث لا يترك التشييع والصلوة عليها لما عندها من النياحة كذا هنا (قال الامام ابتليت به) اى باللهو (مرة فصبرت وهو) اى قول الامام (محمول على ما قبل ان يصير مقتدى) اذ قد عرفت انه لا رخصة للمقتدى (ودل قوله ابتليت على حرمة كل الملاهى) حتى التغنى بضرب القضيب (لان الابتلاء انما يكون بالمحرم) قيل ان الابتلاء لا ينفك عن الشر ولو فى المآل فلا يرد ما قال فى الاصلاح من انه وفيه نظر لان الابتلاء يستعمل فيما هو محظور العواقب ولو كان مباحا ومنه قوله عليه السلام من ابتلى بالقضاء الحديث انتهى لان الابتلاء يستعمل فيما يوجد فيه الشر كما هنا وفيما يفضى اليه غالبا كما فى القضاء ولذا قالوا هنا دل هذا على حرمة كل الملاهى ولم يقولوا دل على حرمة كل ما يطلق عليه كما فى شرح الوقاية لابن الشيخ قيل الصبر على الحرام لاقامة السنة لا يجوز يقال الظاهر انه يجلس معرضا عن اللهو منكرا له غير مشتغل ولا متلذذ به

فلم يتحقق منه الجلوس على اللهو فعلى هذا لايكون مبتلى بحرام (والكلام منه) اى بعضه (مايوجر به كالتسبيح ونحوه) كالتحميد والتكبير والتهليل والصلوة على النبي عليه السلام والاحاديث النبوية وعلم الفقه قال الله تعالى والذاكرين الله كثيرا والذاكرات الآية (وقد يأثم به) اى بالتسبيح (ونحوه اذا فعله في مجلس الفسق وهو يعلمه) لما فيه من الاستهزاء والمخالفة لموجبه (وان قصد به) اى بنحو التسبيح (فيه) اى في مجلس الفسق (الاعتبار) والاتعاظ (والانكار) لافعال الفاسقين وان يشتغلوا عماهم فيه من الفسق (فحسن) وكذا من سبح في السوق بنية ان الناس غافلون فلعلهم تنبهوا للآخرة فهو افضل من تسبيحه في غير الجامع قال عليه السلام ذاكر الله في الغافلين كالمجاهد في سبيل الله كما في الاختيار (ويكره فعله للتاجر عند فتح متاعه) بان يقول عند فتح المتاع لا اله الا الله او سبحان الله او يصلي على محمد السلام فانه يأثم لانه يكون لامر الدنيا بخلاف الغازي او العالم اذا كبر او هلل عند المبارزة وفي مجلس العلم لانه يقصد به التعظيم والتفخيم واظهار شعائر الدين (و) يكره (الترجيع بقراءة القرآن و) كذا يكره (الاستماع اليه) لانه تشبه بفعل الفسقة حال فسقهم وهو التغني ولم يكن هذا في الابتداء ولهذا كره في الاذان (وقيل لابأس به) لقوله عليه السلام زينوا القرآن باصواتكم وعن النبي عليه السلام انه كره رفع الصوت عند قراءة القرآن والجنازة وفي البزازية ويكره رفع الصوت بالذكر ويذكر في نفسه وقد جاء سبحان من قهر عباده بالموت وتفرد بالبقاء سبحان الحي الذي لايموت (والزحف) اى الحرب (والتذكير) اى الوعظ (فاظنك به) اى برفع الصوت (عند) استماع الغناء) المحرم (الذي يسمونه وجدا) والظاهر الموصول مع صلته صفة لقوله الغناء لكن في تسميتهم الغناء وجدا بحث تدبر وفي التسهيل في الوجد مراتب وبعضه بسلب الاختيار فلاوجه للانكار بلاتفصيل انتهى وفي القنية ولابأس باجتماعهم على قراءة الاخلاص جهرا عند ختم القرآن ولو قرأ واحد واستمع الباقون فهو اولى (وكره الامام القراءة عند القبر) لان اهل القبر جيفة (و) كذا يكره (القعود) على القبر لانه اهانة (وجوزها) اى القراءة عند القبر (محمد وبه) اى بقول محمد (اخذ) للفتوى لما فيه من النفع لورود الاثر بقراءة آية الكرسي وسورة الاخلاص والفاتحة وغير ذلك عند القبور ومذهب اهل السنة والجماعة ان للانسان ان يجعل ثواب عمله لغيره ويصلي وقد مر في الحج ويؤيده ماقال في كتاب المسمى بالحجج من انه اخبرنا سفيان الثوري قال حدثنا عمران بن ابي عطاء قال شهدت محمد بن حنيفة صلى على ابن عباس رضي الله تعالى

عنهما فكبر عليه اربعا وادخله من قبل القبلة وضرب عليه فسطاطا ثلثة ايام انتهى وظاهر ان ضرب الفسطاط ليس الالاجل القراءة لاغير وفى التنوير تطيين القبور لايكره فى المختار وفى القهستانى ويستحب زيارة القبور فيقوم بحذاء الوجه قربا وبعدا كما فى الحيوة فيقول عليكم السلام يااهل القبور ويدعو مستقبل القبلة وقيل الدعاء قائما اولى وقال السرخسى لابأس بالزيارة للنساء على الاصح (ومنه) اى من بعض الكلام (مالااجر فيه ولاوزر نحوقم واقعد) ونحوهما لانه ليس بعبادة ولامعصية وقيل لايكتب عليه ولاله لانه لااجر عليه ولاعقاب وعن محمد مايدل عليه وعن ابن عباس انه قال الملائكة لاتكتب الاما كان فيه اجر اووزر وقيل يكتب ثم يمحو مالاجزاء فيه ويبقى مافيه جزاء ثم قيل يمحو فى كل اثنين وخميس وفيهما تعرض الاعمال والاكثرون على انها تمحى يوم القيمة كما فى الاختيار (ومنه) اى بعضه (مايأثم به كالكذب والغيبة والنميمة والشتيمة) لان كل ذلك معصية حرام بالنقل والعقل وكذا التملق فوق العادة لان التملق مذموم بخلاف التواضع لانه محمود وفى التنوير ويكره الكلام فى المسجد وخلف الجنازة وفى الخلاء وفى حالة الجماع (والكذب حرام الافى الحرب للخدعة وفى الصلح بين اثنين وفى ارضاء الاهل وفى دفع الظالم عن الظلم) لانا امرنا بهذا فلايبالى فيه الكذب اذا كانت نيته خالصة (ويكره التعريض به) اى بالكذب (الالحاجة) كقولك لرجل كل فيقول اكلت يعنى امس فلابأس به لانه صادق فى قصده وقيل يكره لانه كذب فى الظاهر (ولاغيبة لظالم)يؤذى الناس بقوله وفعله قال عليه السلام اذكروا الفاجر بمافيه لكى يحذره الناس (ولااثم فى السعى به) اى بالظالم الى السلطان ليزجره لانه من باب النهى عن المنكر ومنع الظلم (ولاغيبة الالمعلوم فاغتياب اهل قرية ليس بغيبة) لانه لايريد به جميع اهل القرية وكان المراد هوالبعض وهومجهول فصار كالقذف وفى التنوير وكما تكون الغيبة باللسان تكون الغيبة بغمز العين والاشارة باليد وكذا الرمز والكتبة والحركة وكل مايفهم منه المقصود فهو داخل فى الغيبة وهو حرام وفى الدرر رجل يذكر مساوى اخيه المسلم على وجه الاهتمام لايكون غيبة انما الغيبة ان تذكر على وجه الغضب يريد السب (ويحرم اللعب بالنرد اوالشطرنج) وقدمر تفصيلهما فى الشهادة (والاربعة عشر) وهو لعب يستعمله اليهود (وكل لهو) لقوله عليه السلام كل لعب ابن آدم حرام الحديث وفى البزازية استماع صوت الملاهى معصية والجلوس عليها فسق والتلذذ بها كفر اى بالنعمة (ويكره استخدام الخصيان) بكسر الخاء المعجمة وسكون الصاد جمع خصى على وزن فعيل لان فيه تحريض الناس

على الخصاء الذى هو مثلة وقد نهى عنها (و) يكره (وصل الشعر بشعر آدمى) سواء كان شعرها او شعر غيرها لقوله عليه السلام لعن الله الواصل والمستوصلة الحديث (و) يكره (قوله فى الدعاء اسئلك بمعقد العز من عرشك) بتقديم العين او بتقديم القاف عند الطرفين لان الكراهة فى القول الثانى ظاهرة لاستحالة التعود وكذا فى الاول لانه يوهم تعلق عره بالعرش المحدث والله تعالى بجميع صفاته قديم (خلافا لابى يوسف) فانه يجوز الاول عنده لدعاء مأثور وهو اللهم انى اسئلك بمعقد العز من عرشك وبمنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامة وبه اخذ ابو الليث والائمة الثلثة وقيل وجه الجواز جواز جعل العز صفة للعرش العظيم كما وصف بالمجد والكرم (و) يكره قوله اسئلك بحق انبيائك ورسلك) او بحق البيت او بحق المشعر الحرام اذ لاحق لاحد على الله تعالى وانما يختص برحمته من يشاء من غير وجوب عليه (واستماع الملاهى حرام) والمناسب ان يذكر بعد قوله وكل لهو (ويكره تعشير المصحف) والتعشير ان يجعل على كل عشر آيات من القرآن العظيم علامة (ونقطه) بفتح النون اى نقط المصحف وهو اظهار اعرابه لقول ابن مسعود رضى الله تعالى عنه جردوا المصاحف (الا للعجم) الذى لايحفظ القرآن ولا يقدر على القراءة الا بالنقط (فانه) اى النقط (حسن) خصوصا فى هذا الزمان فالمروى مخصوص بزمانهم لانهم كانوا يتلقونه عن النبى عليه السلام كما انزل وكانت القراءة سهلا عليهم لكونهم اهلا فيرون النقط مخلا لحفظ الاعراب والتعشير مخلا لحفظ الآى ولا كذلك العجمى وعلى هذا لا بأس بكتب اسامى السور وعد الآى فهو وان محدثا فمستحسن وكم من شئ يختلف باختلاف الزمان والمكان (ولا بأس بتحليته) اى المصحف لما فيها من تعظيمه كما فى نقش المسجد وتزيينه وفى القنية ينبغى لمن اراد كتابة القرآن ان يكتبه باحسن خط وابينه على احسن ورقة وابيض قرطاس بافخم قلم وابرق مداد ويفرج السطور ويفخم الحروف ويضخم المصحف وعن الامام انه يكره ان يصغر المصحف وان يكتب بقلم دقيق وكذا لا بأس بقبلة المصحف لان ابن عمر رضى الله عنهما كان يأخذ المصحف كل غداة ويقبله ويقول عهد ربى ومنشور ربى عز وجل كما فى القنية (ولا بأس بدخول الذمى المسجد الحرام) وقال مالك يكره ذلك فى كل مسجد وقال الشافعى واحمد يكره فى المسجد الحرام (ولا) بأس (بعيادته) اى عيادة الذمى اذا مرض بالاجماع لان فيه اظهار محاسن الاسلام وكذا عيادة فاسق فى الاصح وفى التنوير ويسلم على اهل الذمى ولا يزيده على قوله وعليك ان رد عليه (ويجوز اخصاء البهايم) منفعة للناس لان لحم الخصى اطيب قيل الصواب

خصاء البهائم اذ يقال خصاه اذا نزع خصيته (و) يجوز (انزاء الحمير على الخيل)
اذ لو كان هذا الفعل حراما لما ركب النبي عليه السلام البغلة لما فيه من فتح بابه
(و) تجوز (الحقنة للرجال والنساء) للتداوى بالاجماع او لاجل الهزال اذا فحش
يفضي الى السل ولا جناح اذا كان يعتقد ان الشافى هو الله تعالى دون الدواء
(لا) تجوز الحقنة (بمحرم كالخمر ونحوها) قيل يجوز التداوى بالمحرم كالخمر
والبول ان اخبره طبيب مسلم ان فيه شفاء والحرمة ترتفع بالضرورة فلم يكن
متداويا بالحرام فلم يتناوله حديث النهى كما فى حاشية اخى چلبى لكن فيه كلام كما لا يخفى
تأمل (ولا باس برزق القاضى) من بيت المال (كفاية) يعنى يعطى منه ما يكفيه
واهله فى كل زمان سواء كان غنيا فى الاصح او فقيرا (بلا شرط) واذا شرط يكون
استيجارا باجر على افضل طاعة وذا لا يجوز هذا اذا كان بيت المال حلا لا جمع
بحق وان كان حراما جمع من باطل لم يحل اخذه وقد مر تفصيله فى القضاء
(ولا بأس بسفر الامة وام الولد بلا محرم) لان الاجنبى فى الامة بمنزلة المحارم
فى النظر والمس عند الاركاب وكذا ام الولد لقيام الرق فيها وكذا المكاتبة
ومعتق البعض عند الامام والفتوى على انه يكره فى زماننا لغلبة اهل الفساد
(والخلوة بها) اى ولا بأس بالخلوة بالامة (قيل تباح) اعتبارا بالمحارم (وقيل
لا) تباح لعدم الضرورة (ويكره جعل الراية) اى جعل الطوق الحديد الثقيل
المانع من تحريك الرأس (فى عنق العبد) لانه عقوبة الكفار فيحرم كالاحراق
بالنار وفى النهاية لا بأس فى زماننا لغلبة التمرد والفرار (لا) يكره (تقييده)
احترازا عن الاباق والتمرد وهو سنة المسلمين فى الفساق (و يكره ان تقرض بقالا
درهما ليأخذ منه) اى من البقال (به) اى بالدرهم (ما يحتاج) من الطعام
وغيره (الى ان يستغرقه) اى الدرهم فانه قرض جر نفعا وهو منهى عنه وينبغى
ان يودعه اياه ثم يأخذ منه شيئا فشيئا وان ضاع فلا شئ عليه لان الوديعة
امانة (والسنة تقليم الاظافير) وفى الدرر رجل وقت لقلم اظافيره وحلق رأسه
يوم الجمعة قالوا ان كان يرى جواز ذلك فى غير الجمعة واخره الى يومها تأخيرا
فاحشا كان مكروها لان من كان ظفره طويلا يكون رزقه ضيقا وان لم يجاوز
الحد واخره تبركا بالاخبار فهو مستحب لما روى عن النبى عليه السلام انه قال
من قلم اظافيره يوم الجمعة اعاذه الله تعالى من البلايا الى الجمعة الاخرى وزيادة
ثلاثة ايام وينبغى ان يدفنه وان القاه فلا بأس به ويكره القاؤه فى الكنيف
والمغتسل (و) السنة (نتف الابط وحلق العانة والشارب) وفى القنية
ويستحب حلق عانته وتنظيف بدنه بالاغتسال فى كل اسبوع مرة فان لم يفعل
ففى خمسة عشر يوما مرة ولا عذر فى تركه وراء اربعين (وقصه) اى الشارب

(حسن) وفي حق الغازي في دار الحرب ان توفير شاربه مندوب اليه (ولا بأس بدخول الحمام للرجال والنساء اذا اتزر) الداخل فيه (وغض بصره ويستحب اتخاذ الاوعية لنقل الماء الى البيوت) لحاجة الوضوء والشرب للنساء لانهن نهين عن الخروج فيلزم كثرة حاجاتها (وكونهما) اى الاوعية (من الخزف افضل) وفي الحديث من اتخذ اوانى بيته خزفا زارته الملائكة ويجوز اتخاذها من نحاس اورصاص اوشبه اوادم (ولا بأس بستر حيطان البيت باللبود) جمع اللبد (للبرد) لان فيه منفعة (ويكره للزينة وكذا ارخاء الستر على البيت) يعنى لايكره اذا كان لدفع البرد ويكره ان للتكبر (واذا ادى الفرائض) من النفقة والكسوة وغيرهما (واحب ان يتنعم بمنزل حسن وجوارى جميلة فلا بأس به) لان النبي عليه السلام تسرى مارية ام ابراهيم مع ماكان عنده من الحرائر والاصل فيه قوله تعالى قل من حرم زينة الله التى اخرج لعباده (والقناعة بادنى الكفاية وصرف الباقى الى ماينفع فى الآخرة اولى) لان ماعند الله خير وابقى

﴿ كتاب احياء الموات ﴾

مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز ان يكون من حيث ان مسائل هذا الكتاب مايكره ومالا يكره ومن محاسنه التسبيب فى الخصب فى اقوات الانام ومشروعيته بقوله عليه السلام من احيى ارضا ميتة فهى له وشروطه ستذكر فى اثناء الكلام وسببه تعلق البقاء المقدر وحكمه تملك المحيى مااحياه كما فى العناية الموات لغة حيوان مات وسمى به ارض لامالك لها ولاينتفع بها تشبيها بالموت بالحيوان اذا مات وبطل الانتفاع به فالمراد من الاحياء عرفا التصرف والانتفاع بان يبنى فيها بناء اويزرع فيها زرعا اويغرس فيها شجرا اونحو ذلك وشرعا (هى) اى الموات بفتح الميم وضمها على وزن فعال من الموت (ارض لاينتفع بها) اى بالارض لانقطاع مائها اصلا اوعارضا بحيث لايرجى عوده اولغلبة الماء عليها اونحوهما مما يمنع الانتفاع مثل غلبة الرمل والحجر والشوك ومثل ان يكون الارض مالحة اوغيرها (عادية) اى قديمة غير مملوكة لاحد من زمان بعيد ولذا نسبت الى عاد (او مملوكة فى الاسلام لكن ليس لها) اليوم (مالك معين مسلم اوذمى) سواء كان فيها آثار العمارة اولا فان حكمها كالموات حيث يتصرف فيها الامام كما يتصرف فى الموات لكن لو ظهر لها مالك يردعليه ويضمن نقصانها ان نقصت بالزراعة والافلا وعن محمد لايحيى مافيه آثار العمارة ولا يؤخذ منه التراب كالقصور الخربة كما فى القهستانى قيد بما ليس لها مالك لانها اذا كانت مملوكة لمسلم اوذمى لم يكن مواتا وان مضت عليه

القرون وصارت خربة وفى الذخيرة ان الاراضى التى انقرض اهلها كالموات وقيل كاللقطة (وعند محمد ان ملكت فى الاسلام لا تكون مواتا) علم لها مالك معين اولا بل تكون لجماعة المسلمين (ويشترط عند ابى يوسف كونها) اى الارض (بعيدة عن العامر) اى البلد والقرية فان العامر بمعنى المعمور لان الظ ان مايكون قريبا من القرية لاينقطع احتياج اهلها اليه كرعى مواشيهم وطرح حصايدهم فلا يكون مواتا (وحد البعيد) ان يكون فى مكان بحيث (لو صيح من اقصاه) اى لو وقف انسان فى اقصى العامر فصاح باعلى صوته (لايسمع فيها) فانه موات وان كان يسمع فليس بموات وفى رواية عنه ان البعد قدر غلوة كما فى الذخيرة (وعند محمد) يشترط (ان لا ينتفع بها) اى بالارض (اهل العامر) من حيث الاحتطاب والاحتشاش الى غير ذلك (ولو) وصلية (قريبة منه) اى من العامر حتى لايجوز احياء ماينتفع به اهل القرية وان كان بعيدا و يجوز احياء مالاينتفعون به وان كان قريبا من العامر و به قالت الائمة الثلاثة وشمس الائمة اعتمد قول ابى يوسف كما فى التبيين وفى القهستانى وبقول محمد يفتى كما فى زكوة الكبرى وهو ظاهر الرواية كما فى شرح الطحاوى والمفهوم من كلام صاحب التسهيل ان قول الامام كقول ابى يوسف فى اشتراطه البعد حيث قال اعتبر محمد عدم الارتفاق لا البعد خلافا لهما (من احياها) اى الموات (باذن الامام) او نائبه (ولو) وصلية (ذميا ملكها) اى ملك المحيى الموات (وبلا اذنه) اى بلا اذن الامام او نائبه (لا) يملكها عند الامام (خلافا لهما) فان عندهما يملكها بدون الاذن لانها كانت مباحة و يده سبقت اليها بالخصوص فيملكها كما فى الحطب والصيد وبه قالت الائمة الثلاثة الاعند مالك لو تشاحا اهل العامر يعتبر الاذن والالا وللامام ان الارض مغنومة لاستيلاء المسلمين عليها فلم يكن لاحد ان يختص بدون اذن الامام كسائر المغانم وفى القهستانى وان كان مستأمنا فلا يملكها اصلا بالاتفاق وفى التبيين ولو تركها بعد الاحياء وزرعها غيره قيل الثانى احق بها لان الاول ملك استغلالها دون رقبتها والاصح ان الاول احق بها لانه ملك رقبتها بالاحياء فلا يخرج عن ملكه بالترك ولو احيى ارضا ميتة ثم احاط الاحياء بجوانبها الاربعة من اربعة نفر على التعاقب تعين طريق الاول فى الارض الرابعة فى المروى عن محمد لانه لما احيى الجوانب الثلاثة تعين الجانب الرابع للاستطراد و يملك الذمى بالاحياء كالمسلم لانهما لا يختلفان فى سبب الملك انتهى (ولا يجوز احياء ماقرب من العامر بل يترك مرعى لاهل القرية ومطرحا لحصائدهم) لتحقق حاجتهم اليه تحقيقا او تقديرا فصار كالنهر والطريق وعلى هذا قالوا ليس للامام ان يقطع به مالاغناء

للسلمين عنه كالملح والآبار التى يستق منها كما فى التبيين لكن بين هذا و بين ماتقل آنفاعنه وهوقوله و يجوزاحياءمالاينتفعون به وان كان قريبا من العامر وقول المص وعند محمد ان لا ينتفع بها اهل العامر ولو قريبة منه مخالفة لان مقتضاهما ان يجوز احياء ما قرب من العامر على تقدير عدم انتفاعهم بها تتبع (ولا) يجوزاحياء (ما) اى محل (عدل) اى رجع (عنه ماء الفرات ونحوها) كدجلة والشط وغيرهما (واحتمل عوده اليه) لحاجة العامة الى كونه نهرا (فان) الظاهر وان بالواو (لم يحتمل) عوده الى مكانه ولم يكن على قول ابى يوسف حريم العامر (جاز) احياؤه لكونه ملحقا بالموات (ومن حجر ارضا ثلاث سنين ولم يعمرها) اى الارض (اخذت) الارض (منه) اى من المحجر (ودفعت الى غيره) اى غير المحجر لان الدفع كان الى الاول ليعمرها فتحصل المنفعة للسلمين من حيث العشر والخراج فاذا لم تحصل يدفعه الى غيره تحصيلا للقصود ولان التحجير ليس باحياء فى الصحيح لان الاحياء جعلها صالحة للزراعة والتحجير للاعلام بوضع الاحجار حولها انه قصد احياءها لكونه من الحجر بالحركة وقيل اشتقاقه من الحجر بالسكون هو المنع لان من اعلم فى قطعة ارض من الموات علامة بوضع الاحجار او الشوك فى اطرافها او باحراق ما فيها من الشوك وغيره فكأنه يمنع الغير فسمى فعله تحجيرا ولا يفيد الملك فبقيت مباحة على حالها لكنه هو اولى بها وانما قدر بثلاث سنين لقول عمر رضى الله عنه ليس لمحجر بعد ثلاث سنين حق وهذا من طريق الديانة فاما اذا احياها غيره قبل مضى هذه المدة ملكها لتحقق الاحياء منه دون الاول ونظيره الاستيام وحفر المعدن وان حفر بها بئرا فهو تحجير وليس باحياء وكذا اذا جعل الشوك حولها ولو كربها او ضرب عليها المسناة اوشق لها نهرا فهو احياء كما فى التبيين (ومن حفر بئرا فى ارض موات فله حريمها ان) حفرها (باذن الامام) عند الامام لانه احياء بالاذن عنده والا لا (وكذا) له حريمها (ان) حفرها (بغير اذنه عندهما) لان حفر البئر احياء عندهما سواء بالاذن او بغير الاذن (وحريم) بئر (العطن) التى ينزع الماء منها باليد و يناخ الابل حولها للشرب (اربعون ذراعا) من كل جانب لقوله عليه السلام من حفر بئرا فله مما حولها اربعون ذراعا (من كل جانب) عطنا لماشيته ولان الحافر لا يتمكن من الانتفاع ببئره الا بحريمها (هو الصحيح) احتراز عما قيل الاربعون من كل الجوانب الاربعة من كل جانب عشرة اذرع لان ظاهر اللفظ يجمع الجوانب الاربعة والصحيح ما فى المتن لان فى الاراضى الرخوة يتحول الماء الى ما يحفر دونها فيؤدى الى اختلاف حقه (وكذا) اربعون ذراعا من كل جانب فى الصحيح (حريم) البئر (الناضح) التى نزح الماء بالناضح

عند الامام (وعندهما للناضح ستون) اى لحريمها ستون ذراعا لقوله عليه السلام حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن اربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا وله قوله عليه السلام من حفر بئرا فله ما حوله اربعون ذراعا من غير فصل ولما تعارض الخبران اخذنا بالاقل لتيقنه وفى المحيط اذا كان عمق الماء زائدا على اربعين يزاد عليها (وحريم العين خمسمائة ذراع من كل جانب) لما روينا ولان العين تستخرج للزراعة فلابد من مكان يجرى فيه الماء ومن حوض يجمع فيه الماء ومن موضع ينزل فيه المسافر والدواب ومن موضع يجرى منه الى المزارع والمراتع فقدر بالزيادة قيل لو كانت عادية فحريمها خمسون ذراعا وعند الشافعى ومالك يعتبر العرف فى الحريم مطلقا (و يمنع غيره) اى غير حافر البئر او العين (من الحفر فى حريمه) لانه بالحفر ملك حريم ذلك المحفور فليس لغيره ان يتصرف فى ملكه (لا) يمنع من الحفر (فيما وراءه) اى فيما وراء الحريم لعدم تعلقه بما وراءه (وان حفر احد بئرا فيه) اى فى داخل الحريم (ضمن) بالتشديد الاول الثانى (النقصان) لتعدى الثانى بتصرفه فى ملك غيره وطريق معرفة النقصان ان يقوم الاول قبل حفر الثانية و بعده فيضمن نقصان ما بينهما (و يكبس الاول بنفسه) اى يملأها بالتراب كما اذا هدم جدار غيره فانه لا يؤمر بان يبنى جداره بل يضمن قيمة بنائه ثم يبنى بنفسه هو الصحيح كما فى الهداية وقيل لا يضمنه النقصان وان يأخذه بكبس ما احتفره لان ازالة جناية حفره عليه كما فى الكناسة يلقيها فى دار غيره فانه يؤخذ برفعها وما عطب فى الاولى فلا ضمان فيه لانه غير متعد اما ان كان باذن الامام فظاهر وكذا اذا كان بغير اذنه عندهما والعذر للامام انه يجعل الحفر تحجيرا وهو تسبيل منه بغير اذن الامام والتحجير لا يكون تعديا فلا يضمن بالاتفاق وان كان لا يملكه بدون الاذن وما عطب فى الثانية ففيه الضمان لانه متعد فيه حيث حفر فى ملك غيره كما فى الهداية (وان حفر) بئرا (بامر الامام فيما وراءه) اى فى غير حريم الاول قريبة منه (فذهب ماء البئر) الاولى وعرف ان ذهابه من حفر الثانى (فلا ضمان عليه) لانه غير متعد فيما صنع والماء تحت الارض غير مملوك لاحد فليس له ان يخاصمه فى تحويل ماء بئره الى البئر الثانى كالتاجر اذا كان له حانوت فاتخذ آخر بجنبه حانوتا لمثل تلك التجارة فكسدت تجارة الاول بذلك لم يكن له ان يخاصم الثانى كما فى الدرر (وله) اى للذى حفر فيما وراء الحريم متصلا بحريم البئر الاولى (الحريم) من الجوانب الثلثة (مما) اى من جانب (سوى حريم) الحافر (الاول) لسبق ملك الحافر الاول فيه وان اراد التوسعة عليه حفر بعيدا من حريم البئر الاولى (وللقناة) اى مجرى الماء

تحت الارض (حريم بقدر مايصلحها) اى يحتاج اليه لالقاء الطين ونحوه عند الامام (وقيل لاحريم لهامالم يظهر ماؤها) عنده لكونها جوف الارض كالنهر وقيل انه مفوض الى رأى الامام كما فى الاختيار (وعندهما هى) اى القناة (كالبئر) فى استحقاق الحريم (وان ظهر ماؤها) اى ماء القناة (فهى كالعين) الفوارة (اجماعا) فيقدر حريمها بخمسمائة ذراع (ولاحريم لنهر) فهو مجرى كبير لايحتاج الى الكرى فى كل حين (فى ارض الغير الا بحجة) اى من كان له نهر فى ارض غيره فليس له حريم عند الامام الا ان يقيم بينة على ثبوت الحريم له (وعندهما له) اى للنهر (مسناة) اى مسناة نهره لان يمشى عليها و يلقى طينه عليها قيل هذه المسئلة بناء على من احيى نهرا فى ارض موات باذن الامام لايستحق الحريم عنده وعندهما يستحقه لكن المحققين من مشايخنا قالوا ان له الحريم بالاتفاق بقدر مايحتاج اليه لالقاء الطين ونحوه وهو الصحيح كما فى القهستانى نقلا عن التتمة وهذا الحريم (بقدر نصف عرضه من كل جانب عند ابى يوسف) لان المعتبر الحاجة الغالبة وذلك بنقل ترابه الى حافتيه فيكفى ماذكرناه (و بقدر عرضه عند محمد) من كل جانب لانه قد لايمكنه القاء التراب من الجانبين فيحتاج الى القائه فى احدهما فيقدر فى كل طرف ببطن النهر والحوض على هذا الاختلاف لهما انه لاانتفاع بالنهر الابالحريم لانه يحتاج الى المشى فيه لتسييل الماء ولايكون ذلك عادة فى بطنه والى القاء الطين ولايمكنه النقل الى مكان بعيد الابحرج فيكون له الحريم اعتبارا بالبئر وله ان الحريم ثبت فى البئر بالنص على خلاف القياس فيقتصر على مورده ولان الحاجة فى البئر اكثر لانه لايمكن الانتفاع بماء البئر بدون الاستقاء ولااستقاء الابالحريم واما النهر يمكن الانتفاع بمائه بدون الحريم وفى الشمنى وانما اختلف الامام وصاحباه فى موضع الاشتباه وهو ان يكون النهر موازيا للارض ولافاصل بينهما وان لايكون الحريم مشغولا بحق احدهما كالغرس حتى لوكان مشغولا بحق احدهما كان احق به بالاتفاق انتهى وانما قلنا هو مجرى كبير لان المجرى لوكان صغيرا يحتاج الى الكرى فى كل وقت فله الحريم بالاتفاق كما فى الكفاية (وهو) اى قول محمد (الارفق) بالناس الذين هم اهل النهر كما فى الهداية وغيرها وفى القهستانى نقلا عن الكرمانى والفتوى على قول ابى يوسف (فالمسناة) مبتدأ خبره قوله الآتى لصاحب الارض وتفريع على الخلاف المزبور يعنى المسناة التى (بين النهر) اى بين نهر رجل صفة المسناة (والارض) اى وارض الآخر (و) الحال انها (ليست فى يد احد) منهما بان لم يكن عليها غرس ولاطين ملقى لواحد منهما والافصاحب الشغل اولى لانه صاحب يد

وان كان لكل واحد منهما يد فيشتركان فيها ولو كان عليه غرس لايدرى من غرسه فهو من مواضع الخلاف (لصاحب الارض) هذا عند الامام اذلاحريم للنهر عنده (فلا يغرس فيها صاحب النهر ولايلقى عليها طينه ولايمر) لكونها تعديا منه فى حق مالكها (وقيل له) اى لصاحب النهر المرور والقاء الطين فيها (مالم يفحش) وهو الصحيح كما فى التبيين وغيره لانه لايبطل بذلك حق صاحب الارض وبذلك جرت العادة ولكن لايغرس فيه الا المالك (وعند هما هى) اى المسناة (لرب النهر فله ذلك) اى الغرس والالقاء والمرور بناء على اصلهما كما مر آنفا (وقال الفقيه ابو جعفر اخذ بقول الامام فى الغرس وبقولهما فى القاء الطين) فلا يغرس فيها صاحب النهر كيلا يبطل حق مالكها ولكن يلقى الطين للحاجة والضرورة (ومن غرس شجرة فى ارض موات فله حريمها خمسة اذرع من كل جانب) كما جزم به فى المختار حيث قال ولو غرس شجرة فى ارض موات فحريمها من كل جانب خمسة اذرع ليس لغيره ان يغرس فيه انتهى (يمنع غيره من الغرس فيه) لانه يحتاج الى الحريم لجذاذ ثمره والوضع فيه

فصل فى الشرب

لما فرغ من احياء الموات ذكر مايتعلق من مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج اليه وفى القهستانى الشرب بالكسر اسم المصدر فهو لغة الماء المشروب واليه اشار بقوله (هو) اى الشرب (النصيب) قال الله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم اى نصيب (من الماء) اى الحظ المعين من الماء الجارى اوالراكد للحيوان اوالجماد وشريعة زمان الانتفاع بالماء سقيا للمزارع اوالدواب (والشفة شرب بنى آدم) اى استعمالهم الماء لدفع العطش اوالطبخ اوالوضوء اوالغسل اوغسل الثياب اونحوها (و) شرب (البهائم) اى استعمالهن الماء للعطش ونحوه مماينا سبهن والبهيمة مالانطق له وذلك لما فى صوته من الابهام لكن يخص التعارف بما عدا السباع والطير كما فى القهستانى (الانهار العظام كالفرات) نهر الكوفة (ودجلة) نهر بغداد وغيرهما (غير مملوكة) لاحد لعدم يد فيها على الخصوص لان قهر الماء يمنع قهر غيره فلايكون محرزا والملك بالاحراز (ولكل احد فيها) اى فى الانهار العظام (حق الشفة والوضوء ونصب الرحى وكرى نهر الى ارضه) لقوله عليه السلام المسلمون شركاء فى ثلثة الماء والكلاء والنار لان الانتفاع بالانهر كالانتفاع بالشمس والقمر لايمنع منه احد على اى وجه كان وشرط لجواز الانتفاع

(ان لم يضر) الشق (بالعامة) وان كان مضرا بان مال الماء الى جانب تغرق الاراضي ليس له الشق ونصب الرحى عليه لان شق النهر للرحى كشقه للسقي (وفي الانهار المملوكة والحوض والبئر والقناة لكل) احد (حق الشفة) وحق سقي الدواب (ان لم يخف التخريب لكثرة المواشي) حتى لو خيف التخريب لكثرة الدواب يمنع لان الحق لصاحبه على الخصوص وانما اثبتنا حق الشرب لغيره للضرورة فلا معنى لاثباته على وجه يتضرر به صاحبه (او) لم يخف (الاتيان على جميع الارض) وفي الهداية الشفة اذا كان يأتي على الماء كله بان كان جدولا صغيرا وفيما يرد من الابل والمواشي كثرة يقطع الماء بشربها قيل لا يمنع منه لان الابل لا تردها في كل وقت فصار كالمياومة وهو سبيل في قسمة الشرب وقيل له ان يمنع اعتبارا بسقي المزارع والمشاجر والجامع تفويت حقه انتهى وفي التبيين واختلفوا فيه قال بعضهم لا يمنع لاطلاق ما روينا آنفا وقال اكثرهم له ان يمنع لانه يلحقه ضرر بذلك كسقي الاراضي انتهى ولهذا اختار المص المنع تابعا للاكثر (لا سقي ارضه اوشجره) اي ليس لاحد سقي ارضه وشجره من نهر غيره وقناته و بئره وحوضه (الا باذن مالكه) لان الحق له فيتوقف على اذنه وفي المنح نقلا عن الخانية نهر لقوم لرجل ارض بجنبه ليس له شرب من هذا النهر وليس له ان يسقي منه ارضا او شجرا او زرعا ولا ان ينصب دولابا على النهر لارضه ان اراد ان يرفع الماء منه بالقرب والاواني و يسقي زرعه اوشجره اختلف المشايخ والاصح انه ليس ذلك ولاهل النهر ان يمنعوه (وله) اي لكل احد (الاخذ) اي اخذ الماء منها (للوضوء وغسل الثياب) ولو بغير رضائه لئلا يلزم ماهو مدفوع شرعا (وسقي شجر وخضر) اتخذهما (في داره بالجرار في الاصح) قال في المنح لو اتخذ في داره خضرة اوشجرة واراد ان يسقي ذلك بالاواني من نهر لغيره اختلفوا فيه قال بعض مشايخ بلخ ليس له ذلك الا باذن صاحب الماء كما ليس له سقي شجرة اوخضرة في غير داره وقال شمس الائمة السرخسي انه لا يمنع من هذا المقدار واختار المص ماقال السرخسي لان الناس يتوسعون فيه و يعدون المنع من الدناءة (وما احرز من الماء بحب اوكوز ونحوه لا يؤخذ الا برضاء صاحبه وله) اي لصاحب الماء المحرز (بيعه) اي بيع الماء لانه ملكه بالاحراز وصار كالصيد اذا اخذه الا انه لا قطع في سرقته بقيام شبهة الشركة فيه بالحديث فان قيل بهذا الاعتبار ينبغي ان لا يقطع في الاشياء كلها لان قوله تعالى خلق لكم مافي الارض جميعا يصير شبهة قالوا قوله تعالى خلق لكم مافي الارض مقابلة الجمع بالجمع يقتضي انقسام الآحاد بالآحاد كقوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وقوله تعالى واحل لكم ماوراء ذلكم ولا يجوز الزوائد

على الاربع وفيما نحن فيه من الحديث اثبت الشركة للناس عاما (ولو كانت البئر اوالعين اوالنهر فى ملك احدفله) اى لصاحب الماء (منع من يريد الشفة من الدخول) اى فى ملكه اذاكان يجد ماء آخر يقرب من هذا الماء فى ارض مباحة لعدم الضرورة (فان لم يجد غيره) اى غيرذلك الماء (لزمه) اى صاحب الماء (ان يخرج اليه الماء او يمكنه) من التمكين (من الدخول) بشرط ان لايكسر ضفته وهذا عن الطحاوى وقيل ماقاله صحيح فيما اذا احتفر فى الارض مملوكة له اما اذا احتفرها فى ارض موات ليس له ان يمنعه كما فى الهداية (فان لم يفعل) ماذكر من الاخراج او التمكين (وخيف العطش) على نفس الطالب اودابته (قوتل بالسلاح) لاثر عمر رضى الله تعالى عنه ولانه قصد اتلافه بمنع حقه وهو الشفة لان الماء فى البئر والنهر ونحوهما مباح غير مملوك (وفى) الماء (المحرز) فى الاوانى (يقاتل بغير سلاح) يعنى عند خوف الهلاك اذا كان فيه فضل من حاجته ولايقاتله بالسلاح لانه ملكه بالاحراز حتى كان له تضمينه الا انه مأمور ان يدفع اليه قدر حاجته فبالمنع خالف الامر فيؤديه الى القتال كما فى الاختيار (كما فى الطعام حال المخمصة) والمفهوم من الكافى وغيره جواز ان يقاتله بالسلاح لانه قال الاولى ان يقاتله بغير سلاح لانه ارتكب معصية فصار ذلك بمنزلة التعزير

فصل

فى كرى الانهار (وكرى الانهار العظام من بيت المال) خبر كرى الانهار وفى الهداية الانهار ثلثة نهر غير مملوك لاحد ولم يدخل ماؤه فى المقاسم بعد اى قط كالفرات ونحوه ونهر مملوك دخل ماؤه تحت القسمة الا انه عام ونهر مملوك دخل ماؤه فى القسمه وهو خاص والفاصل بينهما استحقاق الشفة به وعدمه والاول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين لان منفعة الكرى لهم فتكون مؤنته عليهم و يصرف اليهم من مؤنة الخراج والجزية دون العشور والصدقات لان الثانى للفقراء والاول للنوائب (وان لم يكن فيه) اى فى بيت المال (شئ فعلى العامة) اى فالامام يجبر الناس على كريه احياء لمصلحة العامة اذهم لايجتمعون ولاينفقون عليها بانفسهم ولايقيمونها ان لم يجبرهم الامام عليه وفى مثله قال عمر رضى الله عنه لو تركتم لبعتم اولادكم الا انه يخرج للكرى من كان يطيقه وتجعل مؤنته على المياسير الذى لايطيقونه بانفسهم كما يفعله فى تجهيز الجيوش فانه يخرج من كان يطيق على القتال وتجعل مؤنته على الاغنياء (وكرى ماملك) ودخل ماؤه فى المقاسم قوله ملك على صيغة المبنى للمفعول

علی اربابه وهذا النوع اما ان یکون عاما من وجه وخاصا من وجه والثانی ان یکون خاصا من کل وجه والفارق بینهما ان ما یستحق به الشفعة فهو خاص من کل وجه وما لا یستحق فهو عام من وجه فکریه علی اهلها لا علی بیت المال لان منفعته لهم علی الخصوص فتکون مؤنته علیهم لان الغرم بالغنم (لا علی اهل الشفعة) لانهم لا یختصون اولاهل الدنیا کلهم حق الشفعة ولانهم اتباع والمؤنة تجب علی الاصول دون الاتباع (ولا یجبر من ابی) عن الکری دفعا لضرر بقیة الشرکاء وقیل لا یجبر فی المملوك الخاص لان کل واحد من الضررین خاص و یمکن دفعه بالکری بامر القاضی ثم یرجع علی الآبی ولا کذلك الاول (ومؤنته) ای مونة الکری المشترك (علیهم) ای علی الارباب (من اعلاه) ای من اعلی النهر (واذا جاوز) الکری (ارض رجل) من الشرکاء (سقطت) المؤنة (عنه) ای عن الرجل (عند الامام) وفی الخانیة الفتوی علی قوله (ولیس له) ای للرجل (سق ارضه مالم یفرغ شرکاؤه) عن الکری لاختصاصه بالانتفاع بالماء دون شرکائه (وقیل له) ای للرجل (ذلك) ای السق قبل فراغهم (وعندهما هی) ای المؤنة (علیهم) ای علی الارباب (جمیعا من اوله) ای من اول النهر (الی آخره بحصص الشرب) وبیانه ان الشرکاء فی النهر اذا کانوا عشرة مثلا فعلی کل واحد منهم عشر مؤنة الکری فاذا جاوز عن ارض احدهم فعلی کل من الباقین تسعها واذا تجاوز عن ارض اخری فعلی کل منهما ثمنها هذا عند الامام وقالا علی کل منهما اعشار من اول الکری الی آخره لان لصاحب الاعلی حقا فی الاسفل لاحتیاجه الی تسییل ما فضل من الماء فیه وله ان المقصد من الکری الانتفاع بالسق وقد حصل لصاحب الاعلی فلا یلزمه انتفاع غیره ولیس علی صاحب المسیل عمارته کما اذا کان له مسیل علی سطح غیره کیف وانه یمکنه رفع الماء عن ارضه بسده من اعلاه ثم انما یرفع عنه اذا جاوز ارضه کما ذکرناه وقیل اذا جاوز فوهة نهره وهو مروی عن محمد والاول اصح لان له رأیا فی اتخاذ الفوهة من اعلاه واسفله اذا جاوز الکری ارضه حتی سقطت عنه مؤنته قیل له ان یفتح الماء لیسق ارضه لانتهاء الکری فی حقه وقیل لیس له ذلك مالم یفرغ شرکاؤه نفیا لاختصاصه کما فی الهدایة (وتصح دعوی الشرب بلا ارض) استحسانا لان الشرب قد یملك بلا ارض ارثا ووصیة وقد یباع الارض بدون الشرب فیبقی له الشرب وحده فصارهو مرغوبا منتفعا به فتصح الدعوی وتقبل البینة وفی القیاس لا تصح دعواه بدونها لعدم تحقق شرط صحة الدعوی وهو الاعلام والشرب لا یقبل الاعلام لجهالة المقام (ومن کان له نهر یجری فی ارض غیره فاراد رب الارض

منع الاجراء) فى ارضه (فليس له) اى للرب (ذلك)اى المنع ويترك على حاله لان موضع النهر مستعمل له باجراء مائه فيكون فى يده فعند الاختلاف يكون القول قوله فى انه ملكه (فان لم يكن) اى النهر (فى يده) اولم يكن له اشجار ولاطين ملق على جانبى النهر (اولم يكن جاريا فادعى انه) اى النهر (له وقصد اجراءه لايسمع بلا بينة انه) اى النهر (له اوانه كان له حق الاجراء) فى هذا النهر يسوقه الى ارضه لسقيها فيقضى له به لاثباته بالحجة ملك الرقبة اذا كانت الدعوى فيه اوحق الاجراء باثبات الجرى من غير دعوى الملك (وعلى هذا المصب فى نهر اوسطح والميزاب والممشى فى دار الغير) فحكم الاختلاف فيها نظيره فى الشرب وقع فى نسخة المص بالواو فى الميزاب والممشى لكن الظاهر باو فيهما تدبر (وان اختصم جماعة فى شرب) اى نهر بين قوم اختصموا فى الشرب فالنهر (بينهم قسم) الشرب (على قدر اراضيهم) لان الحق بالشرب سقى الاراضى والحاجة الى ذلك تختلف بقلة الاراضى وكثرتها والظاهر ان حق كل واحد منهم من الشرب بقدر اراضيه وبقدر حاجته بخلاف الطريق اذا اختلف فيه الشركاء حيث يستوون فى ملك رقبة الطريق ولايعتبر فى ذلك سعة الدار وضيقها لان الحق فيه التطرق ولاتختلف باختلاف الدار الواسعة والضيقة (و يمنع الاعلى) منهم (من سكر النهر) اى من سده يعنى اذا كان ارض الاعلى منهم مرتفعة والماء قليلا بحيث لايمكنه سقى ارضه بتمامها الابسده لم يكن له ذلك لان الماء يكون محبوسا عن الباقين فى بعض المدة وفيه منع لحقهم فلوا نحدر الماء من الجبل الى وجه الارض فانتشر لايمنع الاعلى منه بل يكون لمن سبق اليه يده وفيه اشعار بانه يشرب بقدر مايدخل فى ارضه بدون السكر انتهى (بلا رضاهم) اى بلا رضاء الشركاء الباقية (وان) وصلية (لم تشرب ارضه) اى الاعلى (بدونه) اى السكر فان تراضوا على ان يسكر الاعلى النهر حتى يشرب بحصته اواصطلحوا على ان يسكر كل رجل منهم فى نوبته جاز لان الحق لهم الاانه اذا امكنه ان يسكر بلوح او باب لايسكر بما ينكبس به النهر كالطين والتراب من غير تراض لكونه اضرارا بهم فان لم يسكر باللوح فبالتراب ولو كان الماء فى النهر بحيث لايجرى الى ارض كل واحد منهم الابالسكر فانه يبدأ باهل الاسفل حتى يرووا ثم بعد ذلك لاهل الاعلى ان يسكروا ليرتفع الماء الى اراضيهم (وليس لواحد منهم) اى من الشركاء (ان يشق منه) اى من النهر المشترك (نهرا او ينصب عليه رحى او) ينصب عليه (دالية) وهى بالفارسية چرخ آب (او) ينصب عليه (جسرا) وهو اسم لما يتخذ من الخشبة والالواح على النهر (بلا اذن البقية) اذ بالشق يكسر ضفة النهر

المشترك و بالنصب يتغير عن سننه الذى كان يجرى عليه و يسد جانب النهر فيتوقف على اذن شريكه (الا رحى فى ملكه ولاتضر بالنهر ولا بمائه) اى الا اذا وضع رحى فى ملكه بان وقع فى بطن النهر وكان جانباه ملكا له وللآخر حق التسييل حال كونه غير مضر بالنهر من كسر ضفته ولا بالماء من اخراجه عن سننه فيجوز كما ذكر آنفا (ولاان يوسع فم النهر) اى نهره فى ارضه لانه يكسر طرف اصل النهر و يزيد على مقدار حقه فى اخذ الماء (ولا ان يقسم بالايام او مناصفة بعد كون القسمة) من القديم (بالكوى) بكسر الكاف جمع كوة بفتحها وقد يضم الكاف فى المفرد فالجمع كوى كعروة وعرى و يجوز فيه المد والقصر والمراد نقب فى الخشب او الحجر ليجرى الماء الى المزارع اوالجداول اى ليس لواحد منهم ان يقسم بالايام ولامناصفة مع ان القسمة قدكانت من القديم بالكوى وكذا ان يقسم بالكوى وقد كانت بالايام لان القديم يترك على قدمه الاان يرضى الكل (ولاان يزيد كوة) اى لو كان لكل منهم كوى مسماة فى نهر خاص ليس لواحد ان يزيد كوة (و ن) وصلية (لم يضر بالباقين) لان الشركة خاصة بخلاف ما اذا كان الكوى فى النهر الاعظم لان لكل منهم ان يشق نهرا منه ابتداء فكان له ان يزيد فى الكوى بالطريق الاولى كما فى الهداية (ولاان ينقص بعض كواه) وفى التبيين ولو اراد الاعلى من الشر يكين من النهر الخاص وفيه كوى بينهما ان يسد بعضها دفعا لفيض الماء عنها كيلا تنز ليس له ذلك لما فيه من الاضرار بالآخر وكذا اذا اراد ان يقسم النهر مناصفة لان القسمة بالكوى تقدمت الا ان يتراضيا لان الحق لهما (ولا) اى ليس لواحد (ان يسوق شربه الى ارض اخرى له ليس لها) اى للارض الاخرى (منه) اى من ذلك النهر (شرب) لاحتمال ان يدعى رب الارض بتقادم العهد حقا لتلك الارض فى الشرب وكذا اذا اراد ان يسوق شربه فى ارضه الاولى حتى تنتهى الى هذه الارض الاخرى لانه يستوفى زيادة على حقه اذ الارض الاولى تنشف بعض الماء قبل ان يسق الارض الاخرى (فان رضى البقية) اى بقية الشركاء (بشئ من ذلك) المذكور من النقص والزيادة والقسمة من الايام وغيرها (جاز) لان الحق (لهم) ولهم اسقاطه (ولهم) اى للبقية (نقضه بعد الاجازة وورثتهم من بعدهم) لانه اعارة الشرب لا مبادلة لان مبادلة الشرب بالشرب باطلة وكذا اجازة الشرب لاتجوز لما عرف فى موضعه فتعينت الاعارة وهذا لان القسمة بالكوى قد تمت وليس لاحدهما ان ينقض تلك القسمة فاذا تراضيا على خلاف ذلك يكون كل واحد منهما معيرا نصيبه من صاحبه فيرجع فيها هو وورثته اى وقت شاء لان العارية غير لازمة كما فى التبيين (والشرب يورث) لكونه حقا

ماليا فيجرى فيه الارث (و يوصى بالانتفاع به) اى بعينه لابرقبته اذالوصية كالارث فى الثبوت بعد الموت فيصير حكمهـا كحكمه وجهالة الموصى به لاتمنع الوصية لانها من اوسع العقود حتى جازت للمعدوم بالمعدوم كما فى المنح (ولايباع الشرب ولايوهب ولايوجر ولايتصدق به بلا ارض) للجهالة الفاحشة وعدم تصور القبض ولكونه غيرمتقوم حتى لو اتلف شرب انسان بان سقى ارضه من شرب غيره لايضمن على رواية الاصل وفى الهداية ولا يباع الشرب فى دين صاحبه بعد موته بدون ارض كما فى حال حيوته وكيف يصنع الامام والاصح ان يضم الى ارض لاشرب له فيبيعها باذن صاحبها ثم ينظر الى قيمة الارض مع الشرب و بدونه فيصرف التفاوت الى قضاء الدين وان لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت بغير شرب ثم ضم الشرب اليها و باعهمـا فيصرف الثمن الى ثمن الارض والفاضل الى قضاء الدين (ولايجعل) الشرب (مهرا) حتى لو تزوج امرأة على ان يكون الشرب مهرا لها يجب مهر المثل عليه لا الشرب (ولا) يجعل (بدل صلح) فيكون المدعى على دعواه (ولا يضمن من ملأ ارضه فنزت ارض جاره) او غرقت لانه مسبب وليس بمتعـد فيه فلا يضمن لان الشرط فى وجوب الضمان فى السبب ان يكون متعديا وانما قلنا ليس بمتعد فيه لان له ان يملأ ارضه ماء و يسقيها كما فى المنح وفى القهستانى هذا اذا اسقى فى نوبته مقدار حقه واما اذا اسقى فى غير نوبته اوزاد على حقه يضمن على ما قال اسماعيل الزاهد وذكر فى التتمة انه اذا سقى سقيا غير معتاد فتعدى ضمن وعليه الفتوى (ولا) يضمن (من سقى من شرب غيره) لان الشرب ليس بمـال متقوم وهذا على رواية الاصل وهو مختار الامام المعروف بخواهر زاده وعليه الفتوى كما فى القهستانى وفى الزاهدى من سقى من شرب غيره يرفـع الى السـلطان ليؤديه بالحبس والضرب وفى المنح وان اخذ مرة بعد مرة يؤدبه السلطان بالضرب والحبس ان رأى ذلك

كتاب الاشربة

ذكر الاشربة بعـد الشرب لانهما شـعبتا عرق واحـد لفظـا ومعنى وقـدم الشرب لمناسـبته لاحياء الموات ومن محاسنه بيان حرمتها اذ لاشـبهة فى حسن تحريم ما يزيل العـقل الذى هو ملاك معرفة الله تعـالى وشـكر انعامه قيل ما باله حل للامم السالفة مع احتياجهم الى ذلك قلت بان السـكر حرام فى جميع الاديان وحرمة شرب القليل علينا كرامة لنا من الله تعالى لئلا نقع فى المحظور ونحن مشهود لنا بالحرمة واعلم ان الاصل فى الاشياء كلها سوى الفروج الاباحة قال الله تعالى هو الذى خلق لكم ما فى الارض جميعـا وقال كلوا مما فى الارض

حلالا طيبا وانما تثبت الحرمة بمعارض نص مطلق اوخبر مروى فالم يوجد شئ من الدلائل المحرمة فهى على الاباحة وقد دل كتاب الله تعالى وهو قوله تعالى انما الخمر والميسر الآية وقول النبى عليه السلام حرمت الخمر لعينها قليلها وكثيرها وقد تواتر تحريمها عن النبى عليه السلام وعليه اجماع الامة والسكر من كل شراب فالشراب لغة اسم لما يشرب ماء كان اوغيره حلالا اوغيره واصطلاحا ماهو مسكر ومايستخرج منه وهو اكثر من عشرة عند بعض اصحابنا والمضاف محذوف اى شرب الاشربة واصولها الثمار كالعنب والتمر والزبيب والحبوبات كالبر والذرة والدخن والحلاوات كالسكر والفانيذ والعسل والالبان كلبن الابل والرماك والمتخذ من العنب خمسة انواع اوستة ومن التمر ثلاثة ومن الزبيب اثنان ومن كل البواقى واحد وكل منها على نوعين نى ومطبوخ كما سيأتى (تحرم الخمر وان قلت (وهى النى) بكسر النون وتشديد الياء (ماء العنب اذا غلا) من غلا يغلى غليا وغليانا اى صار اسفله اعلى (واشتد) اى قوى بحيث تصير مسكرا (والقذف بالزبد) بالتحريك اى رماه بحيث لايبقى فيه شئ من الزبد فيصفو ويروق (شرط) عند الامام لان الغليان بداية الشدة والقذف بالزبد والسكون كمال الشدة اذبه يتميز الصافى عن الكدر (خلافا لهما) لان عندهما وعند الائمة الثلثة لايشترط فيه القذف بالزبد لانه يسمى خمرا قبل القذف وفى المنح والغليان والشدة شرط بالاجماع وفى النهاية ولايحدبدون القذف احتياطا به قال ابن الشيخ فى شرح الوقاية وخص اسم الخمر بالنى من ماء العنب اذا صار مسكرا باتفاق اهل اللغة واستعمل فيه وقال بعض الناس لفظ الخمر اسم لكل مسكر نيا كان اومطبوخا من ماء عنب اوغيره لانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود فى كل مسكر واجيب عنه انما سمى هذا خمرا لتخمره وهو الشدة والقوة اولاختماره وهو تغيير يجه لاللمخامرة واوسلم انما سمى لمخامرته العقل وذا لايدل على ان كل مايخامر العقل يسمى خمرا كالنجم لانه اسم خاص بالكواكب لظهوره وهذا لايدل على ان كل ماظهر يسمى نجما مع ان المناسبة فى الوضع تعتبر تارة كما فى النجم والخمر وقد لاتعتبر تارة كما فى الحجر والجدار (و) يحرم (الطلاء) بكسر الطاء وتخفيف اللام ومد الالف (وهو ما طبخ منه) اى من ماء العنب (فذهب اقل من ثلثيه) كما فى الوقاية والكنز لكن فى التبيين نقلا عن المحيط الطلاء اسم للمثلث وهو مااذا طبخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقى ثلثه وصار مسكرا وهو الصواب لماروى ان كبار الصحابة رضى الله عنهم كانوا يشربون من الطلاء هو ماذهب ثلثاه وبقى ثلثه على مايجئ من قريب ويؤيد المحيط تفسير الجوهرى اياه بماذهب ثلثاه وفى الهداية كما فى المنح اعتبر الذاهب اقل من ثلثيه

ويسمى الباذق ايضا سواء كان الذاهب قليلا اوكثيرابعد ان لم يكن الذاهب ثلثين (فان ذهب نصفه) بالطبخ وبقى النصف (يسمى منصفا وان طبخ بادنى طبخة يسمى باذقا) اسم لما يطبخ من ماء العنب حتى يذهب اقل من ثلثيه سواء كان اقل من الثلث اوالنصف بعد ماصار مسكرا (اذا غلا واشتد) وقذف بالزبد على اختلاف لانه رقيق ملذ مطرب يدعو قليله الى كثيره كالخمر ولهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعا لما يتعلق به الفساد وقال الاوزاعى انه مباح وهو قول بعض المعتزلة لانه مشروب طيب وليس بخمر (و) يحرم (السكر) وفى المغرب بفتحتين عصير الرطب ولهذا قال (وهو النى من ماء الرطب) وفى المنح واشتقاقه من سكرت الريح اذا سكنت فسره الجوهرى بنبيذ التمر وفى الهداية السكرهو النى من ماء التمر اى الرطب وفى العناية انما فسر التمر بالرطب لان المتخذ من ماء التمراسمه نبيذ التمر لا السكر وهو حلال على قول الشيخين فبين قولى الجوهرى و الفقهاء نوع مخالفة فليتأمل وانما يحرم(اذا غلا واشتد) وقذف بالزبد وقبله حلال وقال شريك بن عبدالله هو مباح وان قذف بالزبد لقوله تعالى ومن ثمرات النخيل والاعناب تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا لان الذكر وقع فى موضع المنة وهى لاتتحقق بالمحرم قيل فى جوابه ان توصيف المعطوف بالحسن لايخ عن الدلالة على ان فى المعطوف عليه قبحا مع ان الامتنان مشوب بالتوبيخ هو تتخذون سكرا وتدعون رزقا حسنا (و) يحرم (نقيع الزبيب) وهى النى من ماء الزبيب (اذا غلا واشتد) ويتأتى فيه خلاف الاوزاعى (واشتراط قذف الزبد فيهن) اى فى النقيع والسكر والطلاء (على مافى الخمر) اى على الخلاف الواقع فيها (والكل) من الطلاء والمنصف والباذق والسكر والنقيع (حرام) لحديث كل مسكر حرام ولعله لاخلاله بسلامة العقل (وحرمتها) اى حرمة هذه الاشياء (دون) حرمة (الخمر فنجاسة الخمر غليظة) رواية واحدة كالبول لثبوت حرمتها بدليل مقطوع (ونجاسة هذه) الاشياء مختلف فى غلظتها وخفتها) فان نجاستها خفيفة فى رواية (ويكفر مستحل الخمر) لانكاره الدليل القطعى (دون هذه) الاشياء لان حرمتها غير قطعية بل اجتها دية (ويحد بشرب قطرة من الخمر وان) وصلية (لم يسكر بخلاف هذه الاشياء) اى لايحد فيها مالم يسكر منها لان الحدود فى النى خاصة ولايتعدى الى المطبوخ (ويجوز بيع هذه) الاشياء (ويضمن متلفها) عند الامام (خلافا لهما) كما مر فى الغصب (وفى الخمر عدم جواز البيع وعدم الضمان) على المتلف (اجماعا) اما عدم جواز البيع فلقوله عليه السلام ان الذى

حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها واما عدم الضمان فلسقوط تقومها في حق المسلم (ولو طبخت الخمر اوغيرها) من الاشربة المحرمة (بعد الاشتداد لا تحل وان) وصلية (ذهب الثلثان) وبقي الثلث لان الطبخ للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها (لكن قيل لا يحد) من شرب ذلك المطبوخ (مالم يسكر) لان الحد في القليل ورد في النيء والطبخ يورث الشبهة والحد يندرئ بها وعند السكر يلحق بالخمر (ويحل نبيذ التمر والزبيب اذا طبخ ادنى طبخة) وهو ان يطبخ الى ان ينضج (وان) وصلية (اشتد) بعكسه (مالم يسكر) بلا نية لهو وطرب بل بنية تقو لقوله عليه السلام لا تنتبذوا الرطب والزبيب معا ولكن انتبذ واكل واحد منهما على حدته وهذا نص على ان المتخذ من كل واحد منهما فرادى مباح وهذا محمول على المطبوخ منه ادنى طبخة لانه حرام باجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم وفي الهداية ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر او بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه لان التمر ان كان يكتفى فيه بادنى طبخة فعصير العنب لابد ان يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا انتهى هذا يخالف لما قبله وهو قوله ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال تتبع (وكذا) يحل (نبيذ العسل والتين والحنطة والشعير والذرة) وفي الهداية ونبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال وان لم يطبخ وهذا عند الشيخين اذا كان من غير لهو وطرب لقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم انتهى لكن ينافي قوله عليه السلام حرمة الخمر لعينها والسكر من كل شراب الا ان يحمل هذا على سكر من كل شراب يتخذ من ها تين الشجرتين غير الخمر كما في التسهيل لكن يرد عليه ماروى عن النبي عليه السلام انه قال ما اسكر كثيره فقليله حرام وقال كل مسكر خمر الا ان يقال ليس بثابت ولئن سلمنا ثبوته فهو محمول على القدح الاخير تتبع فان اقوال الفقهاء في هذا المحل مضطربة (والخليطين) من الزبيب والتمر (طبخت اولا) هذا قيد لقوله وكذا نبيذ العسل الى هنا لكن في الهداية وغيرها من المعتبرات ولا بأس بالخليطين لما روى عن ابن زياد انه قال سقاني ابن عمر رضي الله عنهما شربة ما كدت اهتدى الى اهلي فغدوت اليه من الغد فاخبرته بذلك فقال مازدناك على عجوة وزبيب وهذا من الخليطين وكان مطبوخا لان مذهب ابن عمر نقيع الزبيب كان حراما وهو النيء منه والا يؤدى الى التناقض وماروى من النهي عن الخليط محمول على حالة القحط وكان ذلك في الابتداء والا باحة في حالة السعة انتهى فعلى هذا ظهر المنافاة بين قول المص وهو طبخت اولا وبين قول

الهداية وغيرها وهو وكان مطبوخا لكن يمكن التوفيق بان قول الهداية وغيرها بعد الاشتداد وقول المص وهو طبخت اولا قبل الاشتداد ويؤيده ماروى عن عائشة رضى الله عنها انها قالت ننتبذ لرسول الله عليه السلام فى سقاء فيأخذ قبضة من تمر وقبضة من زبيب فيطرحهما فيه ثم يصب عليه الماء فيتبده غدوة فيشربه عشية وننتبذ عشية فيشربه غدوة فعلم انه قبل الاشتداد لانه لايشتد فى الغدوة وكذا فى العشية غالبا تتبع (وكذا) يحل (المثلث وهو عصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه) وبقى الثلث ولا يعتبر بما خرج من القدر من شدة الغليان من الزبد فلو طبخ عشرة اصوع من العصير فذهب صاع بالزبد طبخ الباقى حتى يذهب ستة اصوع ويبقى الثلث فيحل وينبغى ان يطبخ موصولا فاذا انقطع الطبخ ثم اعيد فان كان قبل تغيره بحدوث المرارة وغيرها حل والاحرم وهو المختار للفتوى كما فى القهستانى (وان) وصلية (اشتد) وقذف مالم يسكر بلا نية لهو وطرب عند الشيخين لانه لغلظته لا يدعو الى اكثار شربه وهو فى نفسه غداء فبقى على اصل الاباحة كما مر تفصيله قبيله وفى الهداية والذى يصب الماء بعد ماذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة فحكمه حكم المثلث لان صب الماء لا يزيده الا ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا كل لان الماء يذهب اولا للطافة او يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثى ماء العنب (وفى الحد بالسكر منها) اى من هذه الاشياء (روايتان والصحيح وجوبه) اى وجوب الحد لان الفساق يجتمعون عليه فى زماننا اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك (ووقوع طلاق من سكر منها) اى من هذه الاشياء (تابع للحرمة) فمن قال انها حرام يقع طلاق من سكر منها ومن قال انها حلال لا يقع طلاق من سكر منها لانه بمنزلة النائم وذهاب العقل بالبنج ولبن الرماك (والكل حرام عند محمد) وعند مالك والشافعى (وبه) اى بقول محمد (يفتى) لفساد الزمان وعن محمد مثل قولهما وعنه انه كره ذلك وعنه انه توقف فيه (والخلاف) بينه وبين الشيخين (انما هو عند قصد التقوى) بشربها (اما عند قصد التلهى فحرام اجماعا) فانه يقع الطلاق بالاجماع لان التلهى حرام ومايؤدى الى الحرام فهو حرام ايضا (وخل الخمر حلال) لزوال اشتدادها الذى هو علة الحرمة (ولو) وصلية (خللت بعلاج) بالقاء ملح اوخل عندنا لقوله عليه السلام خير خلكم خل خمركم ولان التخليل اصلاح كدبغ الجلد بازالة صفة الاسكار وعند الشافعى يكره تخليلها ولايحل الخل الحاصل به ان كان التخليل بالقاء شئ فيه قول واحد لاحتمال بقاء اجزاء الخمر

وان كان بغير القاشئ فيه فله فى الخل الحاصل به قولان ثم اذا صارت خلا يطهر ما يوازيها من الاناء واما اعلاه وهو الذى انتقص منه الخمر فقد قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر ولو غسل بالخل فتخلل من ساعته طهر للاستحالة (ولا بأس بالانتباذ) اى اتخاذ النبيذ (فى الدباء) وهو القرع (والحنتم) بفتح الحاء المهملة وسكون النون وفتح التاء المثناة وهو الجرة الخضراء وقيل هو الجرة الحمراء يحمل فيها الخمر ويؤتى بها من نواحى اليمن (والمزفت) هو الوعاء المطلى بالزفت (والنقير) هو الخشب المنقور لان هذه الظروف كانت مختصة بالخمر فلما حرمت الخمر حرم استعمال هذه الظروف تشديدا فى تحريم الخمر ليتركه الناس فلما مضت الايام ابيح استعمالها لاستقرار الامر بالتحريم وان استعمل فيها الخمر ثم انتبذ فيها ينظر فان كان الوعاء عتيقا يغسل ثلاثا فيطهر وان جديدا لا يطهر عند محمد لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق وعند ابى يوسف يغسل ثلاثا ويجفف فى كل مرة وقيل عند ابى يوسف يملأ ماء مرة بعد اخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير يحكم بطهارته وفى الخانية انه حكى عن الفقيه ابى جعفر ان الخمر اذا صارت خلا يطهر الظرف كله ولا يحتاج الى ذلك التكلف وبه اخذ الفقيه ابو الليث وهو اختيار صدر الشهيد وعليه الفتوى لان بخار الخل يرتفع الى اعلاه فيطهر كله (ويكره شرب دردى الخمر) وهو ما يبقى فى اسفله (والامتشاط به) اى بدردى الخمر وانما خص الامتشاط بالذكر مع ان الانتفاع به حرام لانه له تأثيرا فى تحسين الشعر والمراد بالكراهة الحرمة لان فيه اجزاء الخمر وهذا هو المفهوم من الهداية وغيرها ولذا قال فى مختصر الوقاية وحرم شرب دردى الخمر (ولا يحد شاربه بلا سكر) لان وجوب الحد للزجر عن الميل والطبع لا يميل الى الدردى فقليله لا يدعو الى كثيره خلافا للشافعى فانه قال يحد لانه شرب جزأ من الخمر (ولا يجوز الانتفاع بالخمر) لان الانتفاع بالنجس حرام كما حققناه فى الكراهية (ولا) يجوز (ان يداوى بها) اى بالخمر (جرح) بضم الجيم (ولا) يجوز ان يداوى بها (دبر دابة) لانه نوع انتفاع والدبر بالتحريك قرحة دابة (ولا يسقى آدميا ولو) وصلية (صبيا للتداوى) كما بيناه فى الكراهية (ولا تسقى الدواب) مطلقا (وقيل) ان اريد سقى الدواب (لا تحمل الخمر اليها) اى الى الدابة (فان قيدت) اى الدابة (الى الخمر فلا بأس به) اى بالقود لانه لا يكون حاملها (كما فى الكلب والميتة) فانه ان دعاه اليهما فلا بأس به وان حملها اليه لا يجوز (ولا بأس بالقاء الدردى فى الخل) لانه يصير خلا (لكن تحمل الخل اليه) اى الى الدردى (دون عكسه) اى لا يحمل الدردى اليه لان النجس لا يحمل

﴿ كتاب الصيد ﴾

مناسبة كتاب الصيد لكتاب الاشربة من حيث ان كل واحد من الاشربة والصيد مما يورث السرور ومن حيث ان الصيد من الاطعمة ومناسبتها للاشربة غير خفية ثم كما ان منها ماهو حلال وحرام كذلك من الصيود ماهو حلال وحرام الا انه قدم الاشربة لحرمتها اعتناء بالاحتراز عنها ومحاسنها محاسن المكاسب ولان فيه تحقيق منة الله تعالى بقوله خلق لكم مافي الارض جميعا وسببه يختلف باختلاف حال الصائد فقد يكون للحاجة اليه وقد يكون اظهارا للجلادة وقد يكون للتفرج (هو) اى الصيد مصدر بمعنى الاصطياد ثم صار اسما للصيد الممتنع بقوائمه او بجناحيه لان المصدر يطلق على المفعول كضرب الامير وهو (جائز بالجوارح المعلمة) من الكلب والفهد والبازى والشاهين والباشق والعقاب والصقر ونحوها وقيده صاحب التنوير بشرط قابلية التعليم وبشرط كون الحيوان الذى يصاد به ليس بنجس العين فلا يجوز الصيد بدب واسد لعدم قابلية التعليم ولا يجوز بالخنزير لنجاسة عينه فلا حاجة الى الاستثناء فعلى هذا ينبغى ان لا يجوز الاصطياد بالكلب على القول بنجاسة عينه الا ان يقال ان النص ورد فى حل الاصطياد به بخصوصه والاصل فيه قوله تعالى احل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله اى صيد ما علمتم من الجوارح وهو معطوف على الطيبات والجوارح الكواسب والجرح الكسب والمكلبين المسلطين وقيل ان يكون جارحة بنابها ومخلبها حقيقة ويمكن حمل الآية على على المعنيين فيشترط الجراحة حقيقة على ماهو ظاهر الرواية لان فى اشتراط الجرح من الكواسب عملا بالمتيقن به ومعنى قوله مكلبين معلمين الاصطياد تعلمونهن تؤدبوهن والمعلم من الكلاب مؤدبها ثم عم فى كل ما ادب جارحة بهيمة كانت اوطيرا كما فى التبيين (والمحدد من سهم وغيره) لقوله عليه السلام اذا رميت سهمك وذكرت اسم الله عليه فكل (لما يؤكل لاكله) اى يجوز اصطياد مايؤكل لحمه بما ذكر لاكله (و) يجوز اصطياد (مالا يؤكل لحمه لجلده وشعره) لاطلاق قوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا ولا يختص بمأكول اللحم قال قائلهم

﴿ صيد الملوك ارانب وثعالب ﴿ واذا ركبت فصيدى الابطال ﴾ ولان صيده سبب الانتفاع بجلده اوشعره اوريشه اولاستدفاع شره وكل ذلك مشروع كما فى الهداية (ولابد فيه) اى فى الصيد (من الجرح) اى موضع منه فات بعد جرحه يؤكل فى ظاهر الرواية لان الذبح الاختيارى يحصل بالجرح وكذا الذبح الاضطرارى وعن ابى يوسف وهو رواية الحسن عن الامام والشافعى فى قول انه لايشترط الجرح لان الجوارح

فى الآية بمعنى الكواسب لقوله تعالى و يعلم ماجرحتم بالنهار اى كسبتم لا الجوارح بالناب والمخلب حقيقة كما مر قبيله (و) لابد فيه من (كون المرسل) اى مرسل الجوارح (اوالرامى مسلما اوكتابيا) وهو يعقل التسمية و يضبط على نحو ماذكرنا فى الذبائح و به يصير اهلا للذكوة (وان لايترك التسمية عمدا عند الارسال والرمى) لقوله عليه السلام لعدى بن حاتم اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى فكل شرط التسمية لحل الاكل وعند الشافعى لايشترط فى رواية قيد بالعمد لانه لو تركه ناسيا حل ايضا كما مر فى الذبائح (وكون الصيد ممتنعا) من الآدمى قادرا على الامتناع بالقوائم اوالجناحين متوحشا قال ابن الشيخ فى شرح الوقاية فالحيوان كالظبى والارنب اذا وقع فى الشبكة اوسقط فى البئر اوكان ضعيفا مجروحا هو متوحش غير ممتنع واذا استأنس بالآدمى هو ممتنع غير متوحش فلايجرى الحكم المذكور من الذبح الاضطرارى وان كان ممتنعا ولم يكن متوحشا فى الاصل كالبقر لايكون صيدا وان كان متوحشا كالذئب والثعلب لايكون من الذبائح لانه لايؤكل بل يكون صيدا ينتفع بجلده (و) لابد (ان لايقعد) المرسل اوالرامى (عن طلبه بعد التوارى عن بصره) الا ان يقعد لحاجة انسانية كقضاء حاجة واكل عن جوع وشرب عن عطش وصلوة عن فرض وجلوس عن عى فان قعد عن طلبه بلاضرورة فوجده ميتا يحرم اكله لقوله عليه السلام لعل هوام الارض قتلته كما سيأتى تفصيله (و) لابد (ان لايشارك المعلم غير المعلم) بفتح اللام فيهما فلو ارسل الكلب المعلم وشاركه غير المعلم فى جرح صيد لم يؤكل لانه اجتمع فيه المبيح والمحرم والاحتراز عنه ممكن فيرجح المحرم احتياطا ولو شاركه فى اخذه دون الجرح كره كراهة التحريم على الصحيح (او) ان لايشارك المعلم (مرسل) اسم مفعول مضافا الى (من لايحل ارساله) ككلب المرتد اوالوثنى او المجوسى او كلب لم يرسل للصيد او ارسل وترك التسمية عمدا لما بيناه (وان لاتطول وقفته) اى وقفة المعلم (بعد الارسال) حتى لاينقطع ارساله بالتسمية (لغير اكمان للصيد) فاو وقف الفهد وكمن للاحتيال فى الاخذ فلايحرم لان ذلك عادته وكذا لبعض الكلاب فلاينقطع به فور الارسال كما سيأتى (و يجوز بكل جارح علم) من السباع والطير (من ذى ناب اومخلب) اخذ الصيد بطريق الشرع وفيه اشعار بان مالاناب له ولامخلب لم يحل صيده بلاذبح لانه لم يجرح كما فى القهستانى (و يثبت التعلم بغالب الرأى او بالرجوع الى اهل الخبرة) عند الامام فان عنده لاتأقيت فيه لان المقادير لاتعرف اجتهادا بل سماعا ولاسماع فيفوض الى رأى المبتلى به كما هو اصله فى جنسها واخبار اهل الخبرة ولان ذلك يختلف باختلاف طباعها (وعندهما) وهو رواية

عن الامام (يثبت) التعلم (في ذي الناب بترك الاكل ثلاثا) لان تركه مرة يحتمل على الشبع ومرتين على الترك بالشك واذا تركه ثلاثا يحمل على ترك الانتهاب والاستلاب يقينا لان الثلاث مدة ضربت للاختيار وابلاء الاعذار كما في مدة الخيار (و) يثبت التعلم (في ذي مخلب بالاجابة اذا دعي بعد الارسال) وهو مأثور عن ابن عباس رضي الله عنهما ولان بدنه لا يتحمل الضرب للتعليم كما يتحمل الكلب ونحوه فاكتفى بغيره مما يدل على التعليم فان في طبعه نفورا فيعرف زواله برجوعه بالدعاء سواء كان الرجوع بطمع اللحم اولا وقيل لو كان يرجع بلا طمع فهو معلم والافلا واما مثل الفهد مما يتحمل الضرب فتعلمه بترك الاكل والاجابة جميعا لان في طبعه الافتراس مع النفور (فلو اكل منه) اى من الصيد (البازى اكل) اى يحل اكل الباقي من هذا الصيد لان تعلمه بالاجابة لا بترك اكله بالاجماع الا عند الشافعي في الجديد فلا يؤكل (لا) اى لا يؤكل (ان اكل منه الكلب او الفهد) عندنا مطلقا سواء كان نادرا او معتادا وللشافعي قولان فيما اذا اكل نادرا ففي قول يحرم وفي قول يحل وبه قال مالك ولو اعتاد الاكل حرم ما ظهرت عادته فيه وهل يحرم ما اكل منه قبل الذي ظهرت به عادته فيه وجهان والاصح ماقلنا لقوله عليه السلام اذا ارسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله تعالى فكل مما امسكن عليك الا ان يأكل الكلب فلا تأكل فانى اخاف ان يكون انما امسك على نفسه كما في التبيين وغيره (فان اكل) ذو الناب من الصيد (او ترك) ذو المخلب (الاجابة بعد الحكم بتعلمه حرم ما صاده بعده) اى بعد ترك الاكل ثلاث مرات على التوالي او بعد ترك الاجابة (حتى يتعلم) على الخلاف الذي بيناه آنفا (وكذا ما صاد قبله) اى حرم ما صاده قبل اكله وقبل ترك الاجابة لانه علامة الجهل في الابتداء فظهر ان الحكم عليه بالتعلم خطاء (وبقى في ملكه) بان كان محرزا في بيته عند الامام (خلافا لهما) فان عندهما لا يحرم الا الذي اكل منه لان تعلمه علم بالاجتهاد فلا ينتقض باجتهاد آخر وان لم يبق في ملكه بان يأكله او يتلفه لا تظهر الحرمة لانعدام المحلية وانما قلنا محرزا في بيته لان ما ليس بمحرز بان كان في المفازة بعد تثبت فيه الحرمة اتفاقا (وان شرب الكلب من دمه) اى دم الصيد ولم يأكل من لحمه (او نهسه) اى الكلب (فقطع منه) اى من الصيد (بضعة) اى قطعة من اللحم (فرماها) اى رمى الصائد تلك البضعة (واتبعه) اى اتبع الكلب الصيد بعد النهس والقطع والرمى فاخذه وقتله ولم يأكل منه (اكل) وذلك لانه بالشرب بدون الاكل امسك على صاحبه وسلمه اليه وكذا اذا قطع منه بضعة ولم يأكل الصيد لان الاول من غاية علمه حيث شرب

مالايصلح لصاحبه وامسك عليه مايصلح له وكذا اذالم يأكل واخذ مارماه يدل على علمه بان غير مارماه مطلوب صاحبه وفى كل منهما سلم الصيد صاحبه وذا كاف فى تحقق علمه (وان) وصلية (اكل) الكلب (تلك البضعة بعد صيده) لان هذا ليس باكل من الصيد اذ لم يبق صيدا بعد تسليمه وقبض صاحبه (وكذا) يؤكل (لو اكل مااطعمه صاحبه من الصيد) لانه لم يبق صيدا كما اذا القى اليه طعاما غيره (او اكل هو) اى الكلب (بنفسه منه) اى من الصيد بان خطف شيئا منه (بعد احراز صاحبه) لانه خرج عن كونه صيدا فى هذه الحالة (بخلاف مالو اكل القطعة قبل اخذه الصيد) اى نهس الصيد فقطع منه بضعة فاكلها ثم ادرك الصيد فقتله ولم يأكل منه لايؤكل لما مر انه اكل فى حالة الاصطياد فتبين انه جاهل ممسك على نفسه (وان خنقه) اى خنق الكلب الصيد (ولم يجرحه لايؤكل) لان الجرح شرط على ظاهر الرواية على ماذكرناه وهذا يدلك على انه لايحل بالكسر وعن الامام انه اذا كسر عضوا فقتله لابأس باكله لانه جراحة باطنة فهى كالجراحة الطاهرة كما فى الهداية وفى الغاية الفتوى على ظاهر الرواية (وكذا ان شاركه كلب غير معلم اوكلب مجوسى اوكلب ترك مرسله التسمية عمدا) هذه المسئلة مستدركة لانها ذكرت بعينها آنفا فلا فائدة فى ذكرها ثانيا الا ان يقال توطئة الى قوله (وان ارسل مسلم كلبه فزجره مجوسى فانزجر) والمراد بالزجر التهييج اى هيجه فهاج بان صاح عليه فازداد فى العدو كما فى التبيين (حل) اكل الصيد (وبالعكس) يعنى ان ارسله مجوسى فزجره مسلم فانزجر (حرم) اكله الحاصل انه اذا اجتمع الارسال والاغراء فالعبرة للارسال لان الزجر دون الارسال لكونه بناء على الارسال فلاينسخ به الارسال لان الشئ لايرتفع الا بمثله او بما فوقه كما فى نسخ الآى فلا يرتفع ارسال المسلم بزجر المجوسى ولا ارساله بزجر المسلم فبقى كل واحد منهما على ماكان عليه وفى الهداية وكل من لاتجوز ذكوته كالمرتد والمحرم وتارك التسمية عامدا فى هذا بمنزلة المجوسى (وان لم يرسله) اى الكلب (احد فزجره مسلم او غيره فالعبرة للزاجر) اى لو انبعث الكلب بنفسه على الصيد فزجره مسلم فانزجر واخذه حل اكله استحسانا والقياس ان لايحل لان الارسال ذكوة اضطرارية ولذا شرط فيه التسمية فان لم يوجد يعدم الذكوة حقيقة وحكما وجه الاستحسان ان الزجر عند عدم الارسال بمنزلة الارسال لان انزجاره عقيب زجره دليل على طاعته (وان ارسله) الكلب (ولم يسم) وقت الارسال (عمدا ثم زجره فسمى فالعبرة لحال الارسال) يعنى لايؤكل فلا عبرة بالتسمية وقت الزجر (وان ارسله على صيد فاخذ) الكلب (غيره) اى غير الصيد (حل مادام

على سنن ارساله) وقال مالك لايحل لانه اخذ بغير ارسال اذ الارسال مختص بالمشار ولنا ان الارسال شرط غير مقيد لان المق حصول الصيد اذ لايقدر على الوفاء به اذ لايمكنه تعليمه على وجه يأخذ ماعينه فسقط اعتباره مادام لم يعدل عن سننه واو عدل عن الصيد يمنة ويسرة وتشاغل فى غير طلب الصيد وترك سننه واتبع الصيد فاخذه لم يؤكل لانه غير مرسل اليه (وكذا لو ارسله على صيود بتسمية واحدة فاخذ كلها حلت) الصيود كلها لان المق به حصول الصيد والذبح يقع بالارسال وهو فعل واحد فيكتفى فيه بتسمية واحدة بخلاف من ذبح الشاتين بتسمية واحدة لان الثانية مذبوحة بفعل آخر فلا بد من تسمية اخرى (وان ارسل الفهد فكمن حتى استمكن ثم اخذ حل) لان مكثه ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة فلا يقطع الارسال (وكذا الكلب اذا اعتاد ذلك اى الكمون فيكون ح بمنزلة الفهد (ولو ارسله) اى الكلب (على صيد فقتله ثم اخذ آخر) فقتله (اكلا) جميعا لان الارسال قائم لم ينقطع (كما لو رمى صيدا فاصاب اثنين) اى اصابه وغيره اكلا ولو قتل الاول فكث عليه طولا من النهار ثم مر به صيد آخر لايؤكل الثانى لانقطاع الارسال اذ لم يكن ذلك حيلة منه للاخذ وانما كان استراحة بخلاف ماتقدم (واذا رمى سهمه وسمى اكل مااصاب ان جرحه) اى السهم لانه ذبح حكمى ولاحل بدون الذبح لماروى عن عدى بن حاتم قال قال رسول الله عليه السلا اذا رميت فسميت فخرقت فكل وان لم تخرق فلا تأكل (وان تركها) اى التسمية (عمدا حرم) اكله لاشتراط التسمية فى كل ذبح حقيقة او حكما بالنص (وان وقع السهم به) اى بصيد (فتحامل) تكلف فى المشى حاملا للسهم (وغاب) الصيد (ولم يقعد) الرامى (عن طلبه) اى الصيد (ثم وجده) اى الصيد (ميتا حل ان لم يكن به جراحة غير جراحة السهم) لقوله عليه السلام لابى ثعلبة اذا رميت سهمك وغاب ثلثة ايام فادركته فكل مالم ينتن رواه مسلم واما لو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لايحل لانه يظهر حلو ته سببان احدهما موجب لحله والآخر موجب لحرمته فيغلب الموجب للحرمة مع ان الموهوم فى مثل هذا كالمتحقق بدليل قوله عليه السلام لعل هوام الارض قتلته خلافا للشافعى (ولا يحل ان قعد عن طلبه ثم وجده ميتا) لان الاحتراز عن مثله ممكن فلا ضرورة اليه فحرم وهو القياس فى الكل الا انا تركناه للضرورة فيما لايمكن التحرز عنه وبقى على الاصل فيما يمكن وفى التبيين وجعل قاضيخان فى فتاواه من شرط حل الصيد ان لايتوارى عن بصره ثم قال وهذا نص على ان الصيد يحرم بالتوارى وان لم يقعد عن طلبه واليه اشار صاحب الهداية بقوله والذى رويناه حجة على مالك فى قوله ان ماتوارى عنك اذا

لم يبت يحل فاذا بات ليلة لا يحل وهذا يشير الى انه اذا توارى عنه لا يحل عندنا وان لم يقعد عن طلبه فيكون منا قضا لقوله واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل فى طلبه حتى اصابه ميتا اكل وان قعد عنه لم يؤكل فبنى الامر على الطلب وعدمه لا على التوارى وعدمه وعلى هذا اكثر كتب فقه اصحابنا ولو حمل ماذكره على ما قعد عن طلبه كان يستقيم ولم يناقض لكنه خلاف الظاهر انتهى لكن يمكن ان يقال ان كلام صاحب الهداية مبنى على ان مدار الحل وعدمه عدم التوارى وذكر الطلب فيما سبق لاعلام ان مجرد التوارى لايضر بل لابد مع هذا من ان يقعد عن طلبه حتى يتحقق كمال التوارى فانه اذا غاب المرمى ولم يقعد الرامى عن طلبه فوجده ميتا لايعد هذا تواريا وقداومى اليه صاحب الهداية بقوله الا انا اسقطنا اعتباره اى اعتبار الموهوم مادام فى طلبه ضروره ان لايعرى الاصطياد عنه وفى النهاية اى عن التغيب عن بصره فى الغياض والمشاجر والبرارى والطير بعد ما اصابه السهم يتحامل ويطير حتى يغيب عن بصره فيسقط اعتباره ضرورة اذا كان فى طلبه لان الطالب كالواجد ولاضرورة فيما اذا قعد عن طلبه ولانه لو قعد يكون التوارى بسبب عمله و يمكن الاحتراز عن ذلك التوارى بان يتبع اثره ولايشتغل بعمل آخر (والحكم فيما جرحه الكلب) بالارسال (كالحكم فيما جرحه السهم) فى جميع ماذكر (وان رماه) الصيد (فوقع فى ماء فمات فيه) اى فى الماء (او) وقع على سطح او على جبل اوشجر اوحائط اوآجر ثم تردى منه الى الارض (فمات حرم) اكله لانه مترديه وهى حرام بالنص ولانه احتمل الموت بغير الرمى اذ الماء مهلك قيل هذا اذا لم يقع الجرح مهلكا فى الحال اما اذا كان مهلكا فوقوعه فى الماء حيا لايضر لان الحيوة البا قية فيه كالحيوة فى المذبوح بعد الذبح فيؤكل وكذا السقوط من علو لاحتمال ان يكون من السقوط لامن الجرح هذا اذا لم يكن الجرح مهلكا فى الحال اما اذا كان مهلكا وبقى فيه من الحيوة بقدر مافى المذبوح ثم تردى يحل كما فى النهاية (وكذا) يحرم (لو وقع على رمح منصوب او قصبة قائمة او حرف) اى طرف (آجرة فجرح بها) لاحتمال ان احد هذه الاشياء قتله بحده او بترديه وهو ممكن الاحتراز عنه (وان وقع على الارض ابتداء حل) لانه لايمكن الاحتراز عنه وفى اعتباره سد باب الاصطياد بخلا ما اذا امكن التحرز عنه لان اعتباره لا يؤدى الى الحرج فامكن ترجيح المحرم عند التعارض على ماهو الاصل فى الشرع كما فى التبيين (وكذا لو وقع على صخرة او آجرة فاستقر عليهما) وكذا لو وقع على جبل اوظهر بيت ولم يترد منه (ولم ينجرح حل) لان وقوعها على هذه الاشياء وعلى الارض سواء وفى

الهداية وذكر في المنتقى لو وقع على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر وصححه الحاكم الشهيد وحمل مطلق المروى من قوله فاستقر عليها في الاصل على غير حالة الانشقاق وحمله اى رواية المنتقى شمس الائمة السرخسي على ما اصابه حد الصخرة فانشق بطنه لذلك وحمل المروى في الاصل على انه لم يصبه من الآجرة الاما يصيبه من الارض لو وقع عليه وذلك عفو كما لو وقع على الارض وانشق بطنه وهذا اى ما فعله شمس الائمة اصح انتهى (وان وقع في الماء فمات حرم) هذه المسئلة مستدركة لانها ذكرت بعينها آنفا فلا فائدة في ذكرها ثانيا إلا ان يقال ذكرها تمهيدا لقوله (وان كان الطير مائيا فوقع فيه) اى في الماء (فان انغمس جرحه) بضم الجيم (فيه) اى في الماء (حرم) لاحتمال الموت بالماء وبه قالت الائمة الثلاثة اذا كانت جراحة غير ملهكة يحل اما اذا كانت ملهكة عند الشافعي اومالك (والا) اى ان لم ينغمس جرحه في الماء (حل) لتيقن الموت بالرمى (ويحرم ما قتله المعراض) وهو اسم لسهم لاريش له يمر على عرضه فيصيب (بعرضه) لقوله عليه السلام فيه ما اصابه بحده فكل وما اصابه بعرضه فلا تأكل ولانه لابد له من الجرح ليتحقق معنى الذكوة كما في الهداية (اوالبندقة) معطوف على المعراض اى يحرم ما قتلته البندقة وهي طينة مدورة يرمى بها لانه يدق ويكسر ولا يجرح فصار كالمعراض اذا لم يخرق (ولم يجرحه) قيد لهما (وان اصابه) اى اصاب الرامى الصيد (بحجر) اى بان رماه بحجر (وجرحه بحده) بكسر الحاء بمعنى الحدة كما في شرح المجمع والظاهر انه بالفتح بمعنى طرفه (فان كان) الحجر (ثقيلا لا يؤكل) لاحتمال انه قتله بثقله (وان كان خفيفا اكل) لتعين الموت بالجرح وان كان خفيفا وجعله اى الجرح طويلا كالسهم وبه حدة فانه يحل لانه يقتله بجرحه ولو رماه بمروة حديدة ولم يبضع بضعا لا تحل لانه قتله دقا كما في الهداية (وان لم يجرحه لا يؤكل مطلقا) سواء كان ثقيلا او خفيفا لاشتراط الجرح (ولو رماه بسيف اوبسكين فاصاب ظهره) اى ظهر السيف او السكين (اومقبضه) اى مقبض السيف (فقتله لا يؤكل) لانه قتله دقا والحديد وغيره فيه سواء والاصل في هذه المسائل ان الموت اذا كان مضافا الى الجرح بيقين كان الصيد حلالا واذا كان مضافا الى الثقل بيقين كان حراما وان وقع الشك ولا يدرى مات بالجرح اوالثقل كان حراما (احتياطا وشرط في الجرح الادماء) لقوله عليه السلام ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل شرط الانهار (وقيل لايشترط) الادماء لاتيان ما في وسعه وهو الجرح واخراج الدم ليس في وسعه فلا يكون مكلفا به لان الدم قد يحتبس لغلظه اولضيق المنفذ بين العروق وكل ذلك ليس في وسعه (وقيل ان) كان الجرح (كبيرا لايشترط) الادماء (وان) كان

(صغيرا يشترط) لان الكبيرانما لايخرج منه الدم لعدمه والصغيرلضيق المخرج ظاهرا فيكون التقصير منه (وان اصاب السهم ظلفه) اى ظلف الصيد بكسر الظاء حافره (او قرنه فان ادماه حل) اكله (والافلا) يحل وهذا يؤيد قول من يشترط خروج الدم ولوذبح شاة او غيرها فتحركت بعدالذبح وخرج منها دم مسفوح تؤكل ولو لم تتحرك ولم يخرج الدم لاتؤكل ولو لم تتحرك وخرج الدم المسفوح او تحرك ولم يخرج منها الدم اكلت وان علم حيوتها عند الذبح تؤكل وان لم يخرج الدم ولم تتحرك (وان رمى صيدا فقطع عضوا منه اكل) الصيد (دون العضو) اى يؤكل صيد قطع عضو منه بالرمى كاليد او الرجل لانه ذابح رميه ولايؤكل عضوه المقطوع لقوله عليه السلام ما ابين من الحى فهو ميت قد ذكرعليه السلام الحى مطلقا فينصرف الى الحى الحقيقى وعند الشافعى يؤكلان اذا مات الصيد فى الحال والا يؤكل المبان منه لاالمبان (وان قطعه) اى العضو (ولم يبنه فان احتمل التيامه) فات (اكل العضو ايضا) اى كما يؤكل الصيد لانه بمنزلة سائرا جزائه (والا) اى وان لم يحتمل ولم يتوهم التيامه بعلاج ان بقى منه معلقا بجلده (فلا) يؤكل المبان لوجود الابانة معنى والعبرة للمعانى (وان قده) اى شق الصيد طولا وكذا عرضا كما فى القهستانى (نصفين او) قطعه (اثلاثا والاكثر من جانب العجز اكل الكل) اى يؤكل المبان والمبان منه جميعا اذ لايمكن بقاء الحيوة بعد هذا الجرح فلا يتناوله الحديث بخلاف مااذا كان الثلثان فى طرف الرأس والثلث فى طرف العجز اذ يؤكل المبان منه لا المبان لامكان الحيوة فى الثلثين فوق حيوة المذبوح بخلاف ما اذاقطع اقل من نصف الرأس اذ يؤكل المبان منه لا المبان لامكان الحيوة المذكورة (وكذا) اكل الكل (لو قطع نصف رأسه او اكثر) للعلة المذكورة (واذا ادرك الصيد حيا فيه حيوة فوق حيوة المذبوح فلابد من ذكوته) لانه قدر على الاصل وهو ذكوة حقيقة قبل حصول المقصود بالبدل وهو ذكوة الاضطرار اذالمقصود هو الاباحة بالذكوة الاضطرارية ولم يثبت قبل موت الصيد فبطل حكم البدل (فان تركها) اى الذكوة (متمكنا) اى قادرا (منها) اى من الذكوة (حرم) لما بيناه آنفا (وكذا) يحرم (لو تركها (غير متمكن منها) اما لفقد الآلة او لضيق الوقت ومعه آلة الذبح وفيه من الحيوة فوق مايكون فى المذبوح (فى ظاهر الرواية) لان ذكوة الاضطرار انما تعتبر اذا لم يقع فى يده حيا وهذا وقع فى يده حيا فيسقط اعتبار ذكوة الاضطرار فيه وعن الشيخين وهو قول الشافعى انه يحل اذا كان فيه من الحيوة اكثر مما فى المذبوح بعدالذبح (وان لم يبق من حيوته الامثل حيوة المذبوح) وهو مالا

يتوهم بقاؤه بعد هذا كما اذا شق بطنه واخرج مافيه (فلم يدركه حيا فيحل) ولاتلزم تذكيته لان مابقى اضطراب المذبوح وفيه اشارة الى انه لومات قبل وصول الذابح او مع وصوله او بعد وصوله بلا فصل اكل و به نأخذ كما فى القهستانى نقلا عن النظم (وقيل عند الامام لابد من تذكيته ايضا) اى كما يكون فيه حيوة فوق مايكون فى المذبوح لانه وقع فى يده حيا فلا يحل الا بالذكوة الاختيارى (فان ذكاه حل) اجماعا (وكذا ان ذكى المتردية) اى التى سقطت من العلو (والنطيحة) اى التى ماتت من النطح وهو ضرب الكبش بالقرن له (والموقوذة) اى التى قتلت بالخشب (والتى بقر) اى شق (الذئب بطنها وفيه) اى فى كل واحد من هذه الاربعة (حيوة خفية) اى دون حيوة المذبوح (او جلية) اى فوق حيوة المذبوح وقيل الخفية بان لم يتحرك ولكن يتنفس بالحيوة والجلية بان يتحرك (حل) اى يحل اكل هذه الاربعة اذا ذكيت (وعليه الفتوى) لقوله تعالى وما اكل السبع الاما ذكيتم استثناء مطلقا من غير تفصيل فيتناول كل حى مطلقا لان المقصود تسييل الدم النجس بفعل الذكوة وقد حصل (وعند ابى يوسف ان كان) احد هذه الاربعة بحيث (لايعيش مثله لايحل) بالتذكية لانه لم يكن موته بالذبح اى مضافا الى الذبح و به قالت الائمة الثلاثة (وعند محمد ان كان يعيش فوق ما يعيش المذبوح حل والا) اى وان لم يكن يعيش فوق مايعيش المذبوح بل كان يعيش مقدار ما يعيش المذبوح (فلا) يحل بالتذكية لان قدر حيوة المذبوح غير معتبر (ومن رمى صيدا فاثخنه) اى جعله ضعيفا (واخرجه عن حيز الامتناع اى صيره الى حال لاينجو من يد الصائد ولكن ترجى حيوته (ثم رماه آخر فقتله حرم) اكله لاحتمال الموت بالثانى وهو ليس بذكوة للقدرة على ذكوة الاختيار (وضمن) الثانى (قيمته) اى قيمة الصيد (مجروحا للاول) يعنى الاول ملك الصيد باثخانه والثانى برميه اتلف ملكه فيضمن قيمته معيبا بالجراحة وفى التبيين تفصيل فليطالع قيدنا بقولنا ترجى حيوته لانه لم ترج حيوته بان قطع بالرمى الاول رأسه او بقر بطنه او نحوهما يحل اكله لان الموت مضاف الى الاول لا الثانى كما فى شرح المجمع (وان لم يثخنه الاول) ورماه الثانى فقتله (حل) اكله لانه حين رمى الثانى كان صيدا لقدرته على الامتناع (وهو) اى الصيد (للثانى) لانه هو الذى اخذه واخرجه عن حيز الامتناع وقد قال عليه الصلوة والسلام الصيد لمن اخذ وفى التبيين ولو رمياه معا فاصابه احدهما قبل الآخر واثخنه ثم اصابه الآخر او رماه احدهما اولا ثم رماه الثانى قبل ان يصيبه الاول او بعد ما اصابه قبل ان يثخنه فاصابه الاول واثخنه او اثخنه

ثم اصابه الثانی فقتله فهو للاول ویؤکل وقال زفر لایحل اکله ولورمیاه معا واصاباه معا فات منهما فهو بینهما لاستوائهما فی السبب والبازی والکلب فی هذا کالسهم حتی یملکه باثخانه ولا یعتبر امساکه بدون الاثخان وتمامه فیه ان شئت فلیراجع (ومن ارسل کلبا علی صید فادرکه فضربه فصرعه) ای طرحه علی الارض (ثم ضربه فقتله اکل وکذا) یؤکل لو ارسل کلبین فصرعه احدهما وقتله آخر) لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لایدخل تحت التعلیم فجعل عفوا مالم یکن ارسال احدهما بعدما اثخنه الاول (ولو ارسل رجلان کل منهما کلبه فصرعه احدهما وقتله الآخر حل) اکله اذا کان ارسال الثانی قبل ان یثخنه الاول لما بینا (وهو) ای الصید (للاول) ان کان اثخنه قبل ان یجرحه الثانی لانه اخرجه عن حد الصیدیة فملکه ولایحرم بجرح الثانی بعدما اثخنه الاول لان ارسال الثانی حصل الی الصید لکونه قبل ان یثخنه لان المعتبر فی الحل والحرمة حالة الارسال لقدرته علی الامتناع ولایعتبر بعده لعدم قدرته علیه وعن هذا قال (ولو ارسل الثانی بعد صرع الاول حرم) لما بینا ان الارسال اذا کان بعد الخروج عن الصیدیة لم یکن موته ذکوة للقدرة علی ذکوة الاختیار (وضمن) الثانی للاول (کما فی الرمی) لتلف الصید المملوك للاول بارسال الثانی (ومن سمع حسا) ای صوتا خفیفا (فظنه انسانا فرماه او ارسل علیه کلبه فاذا هو صید فقتله اکل) لانه لا معتبر بظنه مع تعینه صیدا کما فی الهدایة وذکر فی المنتقی اذا سمع حسا باللیل فظن انه انسان اودابة فرماه فاذا ذلك المرمی صید اواصاب صیدا آخر وقتله لا یؤکل لانه رماه وهو لایرید الصید ثم قال ولایحل الصید الا بوجهین ان یرمیه وهو یرید الصید وان یکون مرمیه صیدا سواء کان مما یؤکل اولا وهذا اوجه لان الرمی الی الآدمی ونحوه بقصده لایعد صیدا فلایمکن اعتباره ولو اصاب صیدا وقد قال فی الهدایة وان تبین انه حس آدمی لایحل المصاب وحل قولاه المختلفان علی الروایتین عن ابی یوسف وتمامه فی التبیین فلیطالع

کتاب الرهن

وجه المناسبة بین کتاب الرهن وکتاب الصید ان کل واحد منهما سبب لتحصیل المال ومن محاسنه حصول النظر لجانب الداین والمدیون وهو مشروع بقوله تعالی فرهان مقبوضة وبما روی انه علیه السلام اشتری من یهودی طعاما ورهنه بها درعه وقد انعقد الاجماع علی ذلك لانه عقد وثیقة لجانب الاستیفاء فیعتبر بالوثیقة فی طرف الوجوب وهی الکفالة کما فی الهدایة (هو) ای الرهن لغة

الحبس مطلقا قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة اى محبوسة بجزاء عملها و يقال قلب المحب رهن عند حبيبه وقيل هو جعل الشئ محبوسا اى شئ كان باى سبب كان وقد يطلق الرهن على المرهون تسمية للمفعول بالمصدر و ح يجمع على رهان ورهون ورهن وشرعا (حبس شئ بحق يمكن استيفاؤه) اى استيفاء الحق (منه) اى من ذلك الشئ (كالدين) اى مثل ماوجب فى الذمة حتى اذا ارتهن بما لايمكن استيفاؤه من الرهن كان الرهن باطلا كالرهن بالقصاص والحدود والمراد بالشئ هنا المال ولذا قال البعض هو حبس المال بحق كما قيل هو حبس العين بالدين فصار ذلك خروجا من العموم الى الخصوص و يراد بالحق هنا مايعم الدين الواجب حقيقة وهو الظاهر كالديون فى الذمة او حكما كالاعيان المضمونة بنفسها مثل المغصوب والمهر و بدل الخلع و بدل الصلح عن دم العمد لان الموجب الاصلى فى هذه الاعيان المثل والقيمة ومآلهما الى الدين ولهذا تصح الكفالة به والابراء عن قيمته هذا عند الجمهور و يدل على هذا عبارة الضمان فرد العين وجودها خلاص عن الدين بخلاف العين الغير المضمونة كالودايع والعوارى و بخلاف المضمونة بغيرها كالمبيع فى يد البايع وفى الاصلاح وفى الشريعة جعل الشئ محبوسا بحق لاحبس الشئ بحق لان الحابس هو المرتهن لاالراهن بخلاف الجاعل اياه محبوسا انتهى وفيه كلام لانه لايرد ذلك لان اللازم فى الرهن الشرعى كونه مقبولا ومحبوسا عند المرتهن اوالعدل اذ مجرد جعل الراهن الشئ محبوسا لايفيد بدون مطاوعة المرتهن لانه آخذ الحق منه تدبر (و ينعقد) الرهن (بايجاب) من الراهن بان قال رهنتك هذا المال بدين لك على (وقبول) من المرتهن كما فى سائر العقود حال كون ذلك العقد غير لازم لزوما شرعيا (و يتم بالقبض) اختلف العلماء فى القبول قال بعضهم انه شرط والظاهر ماذكر فى المحيط يشير الى انه ركن وقال بعضهم الايجاب ركن والقبول شرط اما القبض فشرط اللزوم وفى الذخيرة قال محمد لايجوز الرهن الا مقبوضا فقد اشار الى ان القبض شرط الجواز وقال شيخ الاسلام شرط اللزوم و به قال اكثر العلماء والاول اصح كما فى الهداية وفى الكنز ولزم بايجاب وقبول و يتم بقبضه انتهى وهو مذهب مالك وفى التبيين وهذا سهو فان الرهن لايلزم بالايجاب والقبول لانه تبرع كالهبة والصدقة ولكنه ينعقد بهما فيلزم به انتهى لكن يمكن الجواب بان المراد باللزوم هو الانعقاد يدل عليه قوله و يتم بقبضه فانه لو اراد ماهو الظاهر منه لما قال انه يتم به اذ اللازم لايحتاج فى تمامه الى شئ آخر تدبر (محوزا) اى يتم بالقبض حال كونه مجموعا احتراز عن رهن الثمر على الشجر ورهن الزرع فى الارض لان المرتهن

(لم يحزه) اى لم يجمعه ولم يضبطه حال كونه (مفرغا) عن ملك الراهن وهو احتراز عن عكسه وهو رهن الشجر دون الثمر ورهن الارض دون الزرع ورهن دار فيها متاع الراهن حال كونه (مميزا) عن اتصاله بغيره اتصال خلقة وهو احتراز عن رهن المشاع كرهن نصف العبد اوالدار وفى الدرر وهذه المعانى هى المناسبة لهذه الالفاظ لاما قيل ان الاول احتراز عن رهن المشاع والثانى عن المشغول والثالث عن رهن ثمر على الشجر دون الشجر كما لا يخفى على اهل النظر تدبر (والتخلية) هى ان يخلى بين الرهن والمرتهن (فيه) اى فى الرهن (وفى البيع قبض) اى فى حكم قبض المرتهن وبه قال الشافعى ومالك حتى اذا وجدت من الراهن بحضرة المرتهن ولم يأخذه فضاع ضمن المرتهن كما ان التخلية فى المبيع قبض كذلك هذا فى ظاهر الرواية لان الراهن يقدر على التخلية دون القبض الحقيقى لكونه فعل الغير فلا يكلف به ولذا قيل التخلية تسليم الا ان ذكر القبض هنا ابلغ وانسب من التسليم لان القبض كان منصوصا فيه فصار مخصوصا به كما فى الهبة والصدقة وعن ابى يوسف ان القبض لا يثبت بها فى المنقول الا بالنقل كما فى الغصب لان القبض هو موجب للضمان قيل القياس على البيع المشروع اولى من القياس على الغصب الممنوع وفى المنح فان قلت ينبغى ان لا تكفى التخلية فى قبض الرهن اذ القبض منصوص عليه فى الرهن بخلاف البيع وقد استدل المشايخ على شرطية القبض فى الرهن بقوله تعالى فرهان مقبوضة فانه امر بالرهن لان المصدر متى قرن بالفاء فى محل الجزاء يراد به الامر كما وقع فى كثير من القرآن والاصل ان المنصوص يراعى وجوده على اكمل الجهات قلت اجيب عنه بان المنصوص انما يراعى وجوده على اكمل الجهات اذا نص عليه بالاستقلال واما اذا ذكر تبعا للمنصوص فلا يجب ان يراعى وجوده كما ذكر فان التراضى فى البيع منصوص عليه بقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض فلو صح ماقال المعترض لبطل بيع المكره ولم يفسد وليس كذلك انتهى لكن لانم هذه الملازمة بل اللازم من صحة ماقال المعترض هو ثبوت صحة البيع بالرضاء فى الجملة على قياس التخلية فى الرهن فانهما قبض فى الجملة كما فى البيع والهبة تدبر (وللراهن ان يرجع عنه) اى عن الرهن (قبل القبض) لكونه غير تام وغير لازم قبل القبض (فاذا قبض لزم الرهن) لما قررناه آنفا فلا رجوع بعده (وهو) اى الرهن (مضمون بالاقل من قيمته) اى الرهن (ومن الدين) اذا هلك والاقل اسم تفضيل استعمل باللام وكلمة من ليست تفضيلية بل بيانية والمعنى بالاقل الذى هو من هذين المذكورين ايهما كان وقال الشافعى الرهن كله امانة فى المرتهن فلا يسقط شئ من الدين بهلاكه

لقوله عليه السلام لايغلق الرهن من صاحبه الذى رهنه له غنمه اى للراهن الزوائد وعليه غرمه اى لوهلك كان الهلاك على الراهن قال معناه لايصير مضمونا بالدين ولنا قوله عليه السلام للمرتهن بعدما نفق فرس الرهن عنده ذهب حقك وقوله عليه السلام اذا عمى الرهن فهو بما فيه معناه على ماقالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعدما هلك الرهن واجماع الصحابة والتابعين رضى الله تعالى عنهم على ان الرهن مضمون مع اختلافهم فى كيفيته والقول بالامانة خرق له والمراد بقوله عليه السلام لايغلق الرهن على ماقالوا الاحتباس الكلى بان يصير مملوكا كذا ذكره الكرخى عن السلف وعن النخعى فى رجل دفع الى رجل رهنا واخذ درهما فقال ان جئتك بحقك الى كذا وكذا والا فالرهن لك فقال ابراهيم لايغلق الرهن فجعله جوابا للمسئلة وتمام تحقيقه فى شرح الهداية وغيرها تتبع (فلو هلك) كل الرهن فى يد المرتهن (وهما) اى الرهن والدين (سواء) اى متساويان فى المقدار (صار المرتهن مستوفيا لدينه) حكما فلايطلب المرتهن من الراهن ولا الراهن من المرتهن شيئا (وان كانت قيمته) اى الرهن (اكثر) من الدين (فالزائد امانة) فى يد المرتهن لما روى عن على رضى الله تعالى عنه انه قال المرتهن امين فى الفضل ولان المضمون يقع بقدر مايقع به الاستيفاء وذلك بقدر الدين فلايدخل الفضل فى ضمانه خلافا لزفر اذ عنده مضمون بقيمة الهلاك لابالاقل منهما فيدخل الفضل فى ضمانه بالهلاك لان الفضل عن الدين مرهون لكونه محبوسا به فيكون مضمونا (وان كان الدين اكثر) من قيمة الرهن (سقط منه) اى من الدين (قدر القيمة) اى قيمة الرهن (وطولب الراهن بالباقى) من الدين مثلا اذا كان الدين مائة درهم والرهن ايضا يساوى مائة درهم فهلك من غير تعد صار المرتهن مستوفيا دينه حكما ولايبقى له مطالبة على الراهن فان كان الرهن يساوى مائة وخمسين درهما مثلا فالخمسون امانة فى يده فلا يضمنها الابالتعدى وان كان الرهن يساوى تسعين يصير المرتهن مستوفيا من دينه تسعين درهما ويرجع على الراهن بعشرة دراهم (وتعتبر قيمته) اى قيمة الرهن (يوم قبضه) وفى المنح نقلا عن الخلاصة وحكم الرهن انه لوهلك فى يد المرتهن او العدل ينظر الى قيمته يوم القبض والى الدين فان كانت قيمته مثل الدين سقط الدين بهلاكه الى آخر ماقاله وفى التبيين ان ضمان الرهن على المرتهن يخالف ضمان الاجنبى فانه تعتبر قيمته يوم القبض بخلاف مالواتلفه اجنبى فان المرتهن يضمنه قيمته ويكون رهنا عنده والواجب هنا فى المستهلك قيمته يوم هلك باستهلاكه ثم بحث وقال وان نقصت القيمة بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم القبض الفا وجب بالاستهلاك خمسمائة

وسقط من الدين خمسمائة لان ماانتقص كالهالك وسقط الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض لابتراجع السعر انتهى اذا تقرر هذا ظهر لك ان ماذكره صاحب الفوائد من قوله المعتبر قيمة الرهن يوم الهلاك لقولهم ان يده امانة فيه الى آخر ماقاله مخالف لصريح المنقول انتهى وفى التنوير المقبوض على سوم الرهن اذا لم يبين المقدار اى مقدار مايريد اخذه من الدين ليس بمضمون من الدين فى الاصح (و يهلك) الرهن (على ملك الراهن فكفنه) اى كفن العبد الرهن اوالامة المرهونة (عليه) اى على الراهن لانه ملكه حقيقة وهو امانة فى يد المرتهن حتى اذا اشتراه لاينوب قبض الرهن عن قبض الشراء لانه قبض امانة فلاينوب عن قبض الضمان واذا كان ملكه فمات كان عليه كفنه (وللمرتهن ان يطالب الراهن بدينه) لان هلاك الرهن لايسقط طلب الدين (ويحبسه به) اى يحبس المرتهن الراهن بدينه (وان) وصلية (كان الرهن عنده) لان حقه باق بعد الرهن والحبس جزاء الظلم فاذا ظهر مطله عند القاضى يحبسه دفعا للظلم وهو المماطلة (وله) اى للمرتهن (ان يحبس الرهن بعد فسخ عقده) اى عقد الرهن (حتى يقبض دينه الا) وقت (ان يبرئه) اى المرتهن عن الدين لان الرهن لايبطل بمجرد الفسخ بل برده على الراهن بطريق الفسخ فانه يبقى مابقى القبض والدين (وليس عليه) اى على المرتهن (ان كان الرهن فى يده) اى المرتهن (ان يمكن الراهن من بيعه) اى من بيع الرهن (للايفاء) يعنى لواراد الراهن ان يبيع الرهن ليقضى الدين بثمنه لايجب على المرتهن ان يمكنه من البيع لان حكم الرهن الحبس الدائم الى ان يقضى الدين فكيف يصح القضاء من ثمنه (وليس للمرتهن الانتفاع بالرهن) باستخدام ولابسكنى ولابلبس الاباذن المالك لان حق المرتهن الحبس الى ان يستوفى دينه دون الانتفاع (ولااجارته ولااعارته) اى ليس للمرتهن الانتفاع باجارة او باعارة اذا لم يكن له الانتفاع بنفسه فلايكون مالكا للتسليط الغير عليه الاباذن الراهن وفى المنح وعن عبدالله بن محمد بن مسلم السمرقندى وكان من كبار علماء سمرقند ان من ارتهن شيئا لايحل له ان ينتفع بشئ منه بوجه من الوجوه وان اذن الراهن لانه اذن له فى الربا لانه يستوفى دينه كاملا فتبقى له المنفعة التى استوفى فضلا فيكون ربوا وهذا امر عظيم كذا رأيت منقولا بهذا اللفظ وعزاه الى الجامع لجدا لائمة السرخسى قلت وهو مخالف لكلام عامة المعتبرات ففى الخانية رجل رهن شاة واباح للمرتهن ان يشرب لبنها كان للمرتهن ان يشرب و يأكل ولايكون ضامنا وفى الفوائد الزينية اباح الراهن للمرتهن اكل الثمار فاكلها لم يضمن ثم قال يكره للمرتهن الانتفاع بالرهن باذن الراهن وان اذن له فى السكنى

فلا رجوع بالاجرة انتهى فليحمل ماتقدم على الديانة وما فى سائر المعتبرات على الحكم (و يصير بذلك) اى يصير المرتهن بالانتفاع قبل الاذن (متعديا) اذهو غير مأمور به من جهة المالك (ولا يبطل به) اى بالتعدى (الرهن) لبقاء العقد قبل استيفاء الدين (واذا طلب) المرتهن دينه (امر باحضار الرهن) اولا ان لم يكن للرهن مؤنة حمل بقرينة الآتى ليعلم انه باق ولان قبضه قبض استيفاء فلاوجه لقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لان هلاكه يحتمل فاذا هلك فى يد المرتهن تكرر الاستيفاء (فاذا احضره) اى المرتهن الرهن (امر الراهن بتسليم كل دينه) اولا ليتعين حق المرتهن فى الدين كما يعين حق الراهن فى الرهن الحاضر تحقيقا للتسوية بينهما ثم امر المرتهن بتسليم الرهن كما امر البايع بتسليم المبيع بعد تسليم المشترى الثمن (وكذا) اى وكذا الحكم فيه مثل الحكم فيما تقدم لو طالبه المرتهن (فى غير بلد العقد) اى عقد الرهن (ولم يكن للرهن حمل ومؤنة) فان الاماكن فى حق التسليم كمكان واحد فيما ليس لحمله مؤنة (فان كان له) اى للرهن (حمل ومؤنة فله) اى للمرتهن (ان يستوفى دينه بلا تكليف (احضار الرهن) لان الواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان الى مكان وللراهن ان يحلف المرتهن بالله ما هلك (وكذا) اى للمرتهن ان يستوفى دينه من الراهن (ان كان الرهن وضع عند عدل) بامر الراهن (ولا يكلف باحضاره) لكونه فى يد الغير بامر الراهن (ولا) يكلف ايضا المرتهن (باحضار ثمن رهن باعه) اى الرهن المرتهن بامر الراهن (حتى يقبضه) اى الثمن من المشترى لانه صار دينا بالبيع بامر الراهن فصار كأن الراهن رهنه وهو دين ولو قبضه يكلف باحضاره لقيام البدل (ولا) يكلف ايضا (ان قضى بعض حقه بتسليم حصته حتى يقبض الباقى) من الدين لان له ان يحبس كل الرهن حتى يستوفى البقية كما فى حبس المبيع (وللمرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذى فى عياله) واجيره مشاهرة اومسانهة لان العبرة بالمساكنة لا بالنفقة حتى ان الزوجة لو دفعت الرهن الى الزوج لا يضمن ان هلك مع ان الزوج ليس فى نفقتها (فان حفظه) اى المرتهن الرهن (بغيرهم) اى بغير المذكورين (او اودعه) المرتهن عند آخر (فهلك ضمن) المرتهن (كل قيمته) لان المالك ماذن له فى ذلك فيضمن جميع قيمته كالمغصوب لكونه متعديا وهل يضمن المودع الثانى فهو على الخلاف الذى بيناه فى مودع المودع ثم ان قضى بقيمة الرهن فيما اذا تعدى المرتهن عليه من جنس الدين يتقاصا بمجرد القضاء بالقيمة اذا كان الدين حالا وطالب المرتهن الراهن بالفضل ان كان هناك فضل وان كان الدين مؤجلا يضمن قيمة الرهن ويكون

القيمة رهنا عندالمرتهن فاذاحل الاجل اخذه المرتهن بدينه وان قضى بالقيمة من خلاف جنسه كان الضمان رهنا عنده الى قضاء دينه لانه بدل الرهن فاخذ حكمه (وكذا) يضمن جميع قيمته (ان تعدى فيه) اى فى الرهن صريحا كما فى الغصب لان الزيادة على مقدار الدين امانة والامانات تضمن بالاتلاف (اوجعل الخاتم) الرهن (فى خنصره) فهلك يضمن جميع قيمته لانه استعمال (فان جعله) اى الخاتم والظاهر بالواو لابالفاء (فى اصبع غيرها) اى غير الخنصر (فلا) يضمن لان ذلك يعد حفظا فظهور التعدى فى الاول دون الثانى مبنى على العادة ولو رهنه خاتمين فلبس خاتما فوق خاتم فان كان ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن والا كان حافظا فلا يضمن وكذا يضمن بتقلد سيفى الرهن لانه ايضا استعمال لاالثلاثة فانه حفظ فان الشجعان يتقلدون فى العادة بسيفين لاالثلاثة (وعليه) اى على المرتهن (مؤنة حفظه) اى الرهن اى مايحتاج فى حفظ نفس الرهن (و) مؤنة (رده) اى ردالرهن (الى يده) اى الى يدالمرتهن ان خرج من يده كجعل الآبق ان كانت قيمة الرهن مثل الدين وان كانت اقل منه فالمؤنة عليه ايضا بطريق الاولى ولذالم يتعرض له (و) كذا مؤنة (رد جزئه) الى يد المرتهن بان تبيض عين الرهن او يحدث به مرض آخره فمداواته على المرتهن لان الامساك حق له واجب عليه فتكون المؤنة عليه (كاجرة بيت حفظه و) اجرة (حافظه) وفى الهداية هذا فى ظاهر الرواية وعن ابى يوسف ان كراء المأوى على الراهن بمنزلة النفقة لانه سعى فى تبقيته ومن هذا القسم جعل الآبق فانه على المرتهن لانه محتاج الى اعادة يد الاستيفاء التى كانت له ليرده وكانت من مؤنة الرد فيلزمه وهذا اذا كانت قيمة الرهن والدين سواء وان كانت قيمة الرهن اكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة عليه لانه امانة فى يده والرد لاعادة اليد ويده فى الزيادة يد المالك اذ هو كالمودع فيها فلهذا يكون على المالك وهذا بخلاف اجرة البيت الذى ذكرناه فان كلها يجب على المرتهن وان كان فى قيمة الرهن فضل لان وجوب ذلك اى اجرة البيت بسبب الحبس وحق الحبس فى الكل ثابت له فاما الجعل انما يلزمه لاجل الضمان فيتقدر بقدر المضمون وعن هذ قال (واما جعل الآبق والمداواة) اى مداواة القروح ومعالجة الامراض (والفداء من الجناية فتقسم على المضمون والامانة) يعنى ماكان من حصة المضمون فعلى المرتهن وماكان من حصة الامانة فعلى الراهن اذا تقرر عندك مانقلنا من الهداية لايخفى عليك مافى المتن من الاختلال ولو قال وعليه مؤنة حفظه كاجرة بيت حفظ وحافظ وان كان فى قيمته الرهن فضل وعليه مؤنة رده الى يده اورد جزئه اذا كانت قيمته والدين سواء

واما اذا كانت اكثر منه اى الدين فقسم على المضمون والامانة كالفداء من الجناية كما فى اكثر المعتبرات لكان اسلم تدبر (ومؤنة تبقيته) اى جعل الرهن باقيا (و) مؤنة (اصلاحه) اى اصلاح منفعته (على الرهن كالنفقة) من مأكله ومشربه (والكسوة واجرة الراعى واجرة ظئر ولد الرهن) هذه امثلة مؤنة التبقية (وسقى البستان وتلقيح نخله) اى نخل البستان (وجذاذه) اى التمر من النخل (والقيام بمصالحه) كاصلاح جداره وقلع الحشيش المضر وغيرهما مما هذه امثلة المؤنة لاصلاح منافعه الاصل فيه ان مايحتاج اليه لمصلحة الرهن بنفسه وتبقيته فهو على الراهن سواء كان فى الرهن فضل اولا لان العين باقية على ملكه وكذا منافعه مملوكة له اصلا وتبقيته عليه لما انه مؤنة ملكه كما فى الوديعة (وما اداه احدهما) اى الراهن والمرتهن (مما وجب على صاحبه بلا امر) اى بغير امر القاضى (فهو تبرع) فيما اداه كما اذا اقضى دين غيره بغير امره (و) ما اداه مما وجب على صاحبه (بامر القاضى يرجع) المؤدى (به) اى بما اداه وقيده صاحب المنح فى متنه بقوله ويجعله دينا على الآخر وقال وحينئذ يرجع عليه وبمجرد امر القاضى من غير تصريح بجعله دينا عليه لايرجع كما فى التبيين نقلا عن المحيط وفى النهاية نقلا عن الذخيرة فعلى هذا لو قيده المص كما فى التنوير لكان اولى تدبر (وعن الامام انه لايرجع به ايضا) اى كما لا يرجع به اذا اداه بلا امر صاحبه (ان كان صاحبه حاضرا) وان كان بامر القاضى لانه يمكنه ان يرجع الآمر الى القاضى فيأمر صاحبه بذلك وقال ابو يوسف يرجع فى الوجهين وهى فرع مسئلة الحجر لان القاضى لايلى الحاضر ولاينفذ امره عليه فلو نفذ امره عليه لصار محجورا عليه ولايملك الحجر عنده وعند ابى يوسف فينفذ امره عليه كما فى التبيين قال صاحب المنح لو قال الراهن الرهن غير هذا وقال المرتهن بل هذا هو الذى رهنته عندى فالقول للمرتهن لانه هو القابض والقول للقابض بخلاف ما اذا ادعى المرتهن رده على الراهن حيث لايقبل قوله لان ذلك شان الامانات الغير المضمونة والرهن مضمون على المرتهن وفى التاتارخانية ويصدق المرتهن فى دعوى الهلاك ولايصدق فى دعوى الرد وفى شرح المجمع اذا ادعى المرتهن هلاك الرهن ولم يقم البينة عليه ضمنه عندنا سواء كان الرهن من الاموال الظاهرة او الباطنة خلافا لمالك فى الباطنة وفى البزازيه زعم الراهن هلاكه عند المرتهن وسقوط الدين وزعم المرتهن انه رده اليه بعد القبض وهلك فى يد الراهن فالقول للراهن فان برهنا فللراهن ايضا ويسقط الرهن لاثباته الزيادة وان زعم المرتهن انه هلك فى يد الراهن قبل قبضه فالقول للمرتهن وان برهنا فللراهن لاثباته الضمان اذن للمرتهن فى الانتفاع بالرهن ثم هلك الرهن فقال الراهن هلك بعد ترك الانتفاع وعوده

للرهن وقال المرتهن هلك حال الانتفاع فالقول للمرتهن فلايصدق الراهن في العود الابحجة رهن عبدا يساوى الفابالف فوكل المرتهن بالبيع فقال المرتهن بعته بنصفها وقال الراهن لابل مات عندك يحلف الراهن بالله مايعلم انه باعه ولايحلف بالله مامات عنده فاذاحلف سقط الدين الا ان يبرهن على البيع اذن الراهن للمرتهن فى لبس ثوب مرهون يوما فجاء به المرتهن متخرقا وقال تخرق فى لبس ذلك اليوم وقال الراهن مالبسته فى ذلك اليوم ولاتخرق به فالقول للراهن وان اقرا لراهن باللبس فيه ولكن قال تخرق قبل اللبس اوبعده فالقول للمرتهن ويجوز للمرتهن السفر بالرهن اذا كان الطريق آمنا وان كان له حمل ومؤنة عند الامام كالوديعة وعند محمد ليس له ان يسافر بالرهن والوديعة ايضا اذا كان له حمل ومؤنة وتمامه فى المنح فليراجع

باب مايجوز ارتهانه والرهن به ومالايجوز

لماذكر مقدمات الرهن شرع فى تفصيل مايجوز رهنه ومالايجوز اذالتفصيل بعد الاجمال (لايصح رهن المشاع وان) وصلية (كان) المشاع (مما لايحتمل القسمة) بخلاف الهبة حيث يجوز فيما لايحتمل القسمة (او) كان (من الشريك) هذا عندنا لان موجب الرهن ثبوت يدالاستيفاء للمرتهن ويد الاستيفاء فى الجزء الشايع لايثبت لان شرط الصحة هو التمييز ولم يتحقق وقال الشافعى يجوز فيما يصح فيه البيع وهو قول مالك واحمد لان موجب الرهن استحقاق المبيع فى الدين والمشاع يجوز بيعه فيجوز رهنه كالمقسوم (ولوطرأ) الشيوع بعد الارتهان (فسد) عند الطرفين وقيل انه بط لا يتعلق به ذلك وليس بصحيح لان الباطل منه هوفيما اذالم يكن الرهن مالا اولم يكن القابل به مضمونا ومانحن فيه ليس كذلك بناء على ان القبض شرط تمام العقد لاشرط جوازه وصورة الشيوع الطارى ان يرهن الجميع ثم يتفاسخا فى البعض واذن الراهن للعدل ان يبيع الرهن كيف شاء فباع نصفه وانه يمنع بقاء الرهن فى رواية الاصل وهو الصحيح كما فى المنح (خلافا لابى يوسف) لانه لايمنع لان حكم البقاء اسهل من الابتداء فاشبه الهبة وانما فسد لان هذا الشيوع راجع الى محل الرهن وما يرجع الى المحل فالبقاء كالابتداء وقد قالوا باستثناء الهبة من هذا الاصل لانها لاتحتاج الى القبض الاعند العقد بخلاف الرهن فان حكمه دوام القبض فعلى هذا اندفع ماقاله ابو المكارم من ان وجهه على ما فى الهداية وغيرها ان الكلام فى محل الرهن فالبقاء والابتداء فيه سواء كالمحرمية فى النكاح ولا يخفى انه منقوض بالهبة فان الشيوع فيها مانع ابتداء

لابقــاء فالوجه الاليق بالمقــام هو بيان الفرق بين الرهن والهبــة انتهى تدبر
واعلم ان ماقبل البيع قبل الرهن الافى ار بعة بيع المشاع جائز لارهنه بيع المشغول
جائز لارهنه بيع المتصل بغيره جائز لارهنه بيع المعلق عتقه بشرط قبل وجوده
فى غير الدين جائز لارهنه كما فى شرح الاقطع (ولا) يصح (رهن التمر على الشجر
بدون الشجر ولا) يصح رهن (الزرع فى الارض بدونها) اى بدون الارض
لما مر ان القبض شرط فى الرهن ولا يمكن قبض المتصل بغيره وحده فصار فى معنى
المشاع (ولا) يصح رهن (الشجر او الارض المشغولين بالتمر والزرع دون التمر والزرع)
لان الاتصال يقوم بالطرفين فصار الاصل ان المرهون اذا كان متصلا بما ليس
برهن لم يجز لانه لايمكن قبض المرهون وحده وعن الامام ان رهن الارض بدون
الشجر جائز لان الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الاشجار بمواضعها بخلاف ما اذا
رهن الدار بدون البناء ولان البناء اسم للمبنى فيصير راهنا جميع الارض وهى مشغولة
بملك الراهن كما فى الهداية (ولو رهن الشجر بمواضعها جاز) لانه رهن الارض
بما فيها من الشجر وذلك جائز ومجاورة ماليس برهن لايمنع الصحة ولو كان
فيه ثمر يدخل فى الرهن لانه تابع لاتصاله به فيدخل تبعــا تصحيحا للعقد بخلاف
البيع لان بيع النخيل بدون التمر جائز فلا ضرورة الى ادخاله من غير ذكره و بخلاف
المتاع فى الدار حيث لايدخل فى رهن الدار من غير ذكر لانه ليس بتابع بوجه ما
وكــذا يدخل الزرع والرطبة فى رهن الارض ولايدخل فى البيع و يدخل
البناء والغرس فى رهن الارض اى لو قال رهنتك هذه الدار اوهذه القرية واطلق
القول ولم يخص شيئا دخل البنــاء والغرس (او) رهن (الدار بما فيها) اى
الدار (جاز) وفى الهــداية ولو استحق بعضه ان كــان الباقى يجوز ابتداء
الراهن عليه وحده بقى رهنا بحصته والابطل كله لان الرهن جعل كانه ماورد
الاعلى الباقى و يمنع التسليم كون الرهن اومتاعه فى الدار المرهونة وكذا متاعه
فى الوعاء المرهونة و يمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى يلقى
الحمل لانه شــاغل لها بخــلاف ما اذا رهن الحمل دونها حيث يكون رهنا تاما
اذا دفعهــا اليه لان الدابة مشغولة به فصار كما اذا رهن متــاعا فى دار او وعاء
دون الدار والوعاء بخلا ما اذا رهن سرجا على دابة او لجاما فى رأسها ودفع الدابة
مع السرج واللجام حيث لايكون رهنا حتى ينزعه منهــا ثم يسلمه اليه لانه من
توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر (ولا يجوز
رهن الحر والمدبر وام الولد والمكاتب) لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء
والاستيفاء من هؤلاء متعــذر لاستحقاقهم الحر بة فصاروا كالحر (ولا) يجوز
الرهن (بامانات) كالوديعة والعار ية والمضار بة ومال الشركة لانها ليست

بمضمونة (ولا) يجوز الرهن (بالدرك) صورته باع وسلمه الى المشترى فخاف المشترى من الاستحقاق فاخذ الثمن رهنا فهذا الرهن بط والكفالة به جائزة والفرق انه شرع للاستيفاء ولا استيفاء الا فى الواجب فلا يحتمل الاضافة والتعليق واما الكفالة فهى التزام بغير عوض وذلك يحتملهما كالتزام الصوم والصلوة (ولا) يجوز الرهن (بما هو مضمون بغيره كالبيع فى يد البايع) فانه مضمون بالثمن حتى لو هلك ذهب بالثمن فلا يجب على البايع شئ فالرهن لا يجوز الا بالاعيان المضمونة بنفسها كما مر ولا يجوز بالاعيان المضمونة بغيرها كالرهن وان هلك الرهن بالمبيع ذهب بغير شئ لانه لا اعتبار بالباطل فلا يجب على المشترى شئ وقال شيخ الاسلام انه فاسد لان المبيع والرهن مال والفاسد ملحق بالصحيح بالاحكام وفى المبسوط انه جاز الرهن به فيضمن بالاقل من قيمته ومن قيمة العين وبه اخذ الفقيه ابو سعيد البردعى وابو الليث قيل الاعيان ثلاثة عين غير مضمونة اصلا كالامانات وعين مضمونة بنفسها كالمغصوب ونحوه وعين غير مضمونة بنفسها بل مضمونة بغيرها هو سقوط الثمن فصار هذا للتسمية بالعين المضمونة بالغير (ولا) يجوز الرهن (بالكفالة بالنفس) اى لا يجوز رهن الكفيل شيئا عند المكفول له ليسلم نفس المكفول به اليه لان استيفاءه من الرهن متعذر وفى الخانية رجل تكفل عن رجل بمال ثم ان المكفول عنه اعطى الكفيل رهنا ذكر فى الاصل انه لو كفل بمال مؤجل على الاصل فاعطاه المكفول عنه رهنا بذلك جاز الرهن ولو كفل رجل على انه ان لم يواف به الى سنة فعليه المال الذى عليه وهو الف درهم ثم اعطاه المكفول عنه بالمال رهنا الى سنة كان الرهن باطلا وكذا لو كان الكفيل قال للطالب فى الكفالة ان مات فلان ولم يؤد المال فهو على ثم اعطاه المكفول عنه رهنا لم يجز (ولا) يجوز الرهن (بالقصاص فى النفس وما دونها) عند ولى القصاص لئلا يمتنع عما وجب عليه لما مر من ان استيفاء القصاص من الرهن غير ممكن بخلاف الجناية خطأ لان استيفاء الارش من الرهن ممكن (ولا بالشفعة) اى لا يجوز رهن البايع والمشترى عند الشفيع ليسلم الدار بالشفعة لان استيفاء المبيع من الرهن غير ممكن اذ لو هلك المبيع لا يلزمه الضمان (ولا) يجوز (باجرة النايحة والمغنية) لان الاجارة على ذلك باطلة شرعا فالرهن ايضا باطل لكونه فى مقابلة غير جائز اصلا (ولا) يجوز رهن المولى شيئا (بالعبد الجانى او) العبد (المديون) لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك العبد لا يجب على المولى شئ فاذا لم يصح الرهن فى هذه الصور فللراهن ان يأخذ الرهن من المرتهن حتى لو هلك الرهن فى يد المرتهن قبل الطلب يهلك بلا شئ اذ لا حكم للباطل فبقى القبض باذن المالك (ولا يجوز للمسلم رهن الخمر ولا ارتهانها من مسلم او ذمى)

لان المسلم لايملك الايفاء اذا كان راهنا ولايملك الاستيفاء اذا كان مرتهنا وكذا الحال فى الخنزير (ولايضمن له) اى للمسلم (مرتهنها) اى مرتهن الخمر (ولو) وصلية (ذميا) اى اذا كان المرتهن ذميا لم يضمنها كما لا يضمنها بالغصب منه لانها ليست بمال فى حق المسلم (ويضمنها هو) اى المسلم لو ارتهنها (من ذمى) اى اذا كان الراهن ذميا والمرتهن مسلم فهلك فى يد المرتهن يضمن المسلم الخمر للذمى لانها مال متقوم فى حقه فتصير الخمر مضمونة على المسلم للذمى با قل من قيمتها ومن الدين كما يضمنها بالغصب (ويصح) الرهن (بالدين ولو) وصلية (موعودا) بان رهن شيئا من شخص (ليقرضه كذا) من المال وعند الائمة الثلاثة لايصح الرهن به (فلوهلك) هذا الرهن (فى يد المرتهن لزمه) اى المرتهن (دفع ما وعد للراهن) اى ان رهن ليقرضه الف درهم مثلا وهلك الرهن فى يد المرتهن قبل ان يقرضه الفا يجب على المرتهن تسليم الالف الموعود الى الراهن جبرا لان الموعود جعل موجودا حكما باعتبار الحاجة ولانه مقبوض من جهة الراهن الذى يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيضمنه (ان كان الدين مثل قيمته) اى الرهن (اواقل منها) اما اذا كان الدين اكثر من قيمة الرهن فعليه قدر قيمته هذا اذا سمى قدر الدين فان لم يسمه بان رهنه على ان يعطى شيئا فهلك فى يده يعطى المرتهن الراهن ماشاء لانه بالهلاك صار مستوفيا شيئا فيكون بيانه اليه وقال محمد لايصدق فى اقل من درهم والمص لم يلتفت الى هذا لانه غير متعارف كما قاله ابو المكارم لكن لا نم ذلك لان المص قد ذكر حكمه فيما سبق وهو قوله وان كان الدين اكثر سقط منه قدر القيمة وطولب الراهن بالباقى تدبر وروى عن ابى يوسف اذا قال لغيره اقرضنى وخذ هذا الرهن ولم يسم القرض فاخذ الرهن ولم يقرضه حتى ضاع الرهن فعليه قيمة الرهن فى الدين الموعود بالغة مابلغت كالمقبوض على سوم الشراء وفى البزازية والحاصل فى الرهن بالدين الموعود ان المستقرض اذا سمى شيئا ورهن به وهلك الرهن قبل الاقراض ضمن الاقل من القيمة ومن المسمى وان لم يكن سمى شيئا اختلف فيه الامام الثانى ومحمد لكن قد قررناه نقلا عن التنوير ان المقبوض على سوم الرهن اذا لم يبين المقدار ليس بمضمون فى الاصح تتبع (و) يصح الرهن (برأس مال السلم وثمن الصرف) قبل الافتراق ولم يصح عند زفر وهو قول الائمة الثلاثة لانه استبدال ورد بان الاستبدال اخذ صورة ومعنى والاستيفاء فى الرهن اخذ معنى فان العين امانة والمضمون هو المالية كما فى القهستانى (وبالمسلم فيه) قبل الافتراق وبعده وعن زفر فيه روايتان ثم اشار الى مايظهر فيه فائدة جواز الرهن بالاشياء المذكورة

بالفاء بقوله (فان هلك) الرهن (في مجلس العقد قبل الافتراق فقد استوفى)
اى صار المرتهن مستوفيا (حكما) لوجود القبض واتحاد الجنس من حيث
المالية فيتم السلم والصرف (وان افترقا) اى المتعاقدان (قبل النقد) اى قبل
نقد رأس المال وثمن الصرف (و) قبل (الهلاك) اى هلاك الرهن (بطل
العقد) فيهما لعدم القبض حقيقة لا حكما فان المرتهن لم يصر قابضا لحقه
الا بالهلاك (والرهن بالمسلم فيه رهن ببدله اذا فسخ) اى لو تفاسخا السلم
وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا برأس المال استحسانا حتى يحبسه به
والقياس ان لا يحبسه به لانه دين آخر وجب بسبب آخر وهو القبض والمسلم فيه
وجب بالعقد فلا يكون الرهن باحدهما رهنا بالآخر كما لو كان عليه دينان دراهم
ودنانير وباحد هما رهن فقضى الذى به الرهن او ابرأه منه ليس له حبسه بالدين
الآخر وجه الاستحسان انه ارتهن لحقه الواجب بسبب العقد الذى جرى
بينهما وهو المسلم فيه عند عدم الفسخ ورأس المال عند الفسخ فيكون محبوسا به
لانه بدله فقام مقامه اذ الرهن بالشئ يكون رهنا ببدله كما اذا ارتهن بالمغصوب
فهلك المغصوب صار رهنا بقيمته (وهلاكه) اى هلاك الرهن (بعد الفسخ
هلاك بالاصل) اى هلك الرهن بعد التفاسخ هلك الرهن بالمسلم فيه لانه رهنه به
وان كان محبوسا بغيره وهو رأس المال كمن باع عبدا وسلم المبيع واخذ بالثمن
رهنا ثم تقايلا البيع له ان يحبسه لاخذ المبيع لان الثمن بدله ولو هلك المرهون يهلك
بالثمن (و يصح) الرهن (بالاعيان المضمونة بنفسها) اى بالمثل (او القيمة
كالمغصوب والمهر وبدل الخلع و بدل الصلح عن دم عمد) فان هذه الاشياء يجب
تسليم عينها عند قيامها اذ لا يجوز البدل عند وجود الاصل وعند هلاكها
يجب الاتيان بمثلها ان كان لها مثل و بقيمتها ان لم يكن لها مثل فاذا هلك الرهن
عند قيام العين فى يد الراهن يقال له سلم العين وخذ من المرتهن الاقل من قيمة
العين ومن قيمة الرهن لان الرهن مضمون عندنا واذا هلك العين قبل هلاك
الرهن يصير الرهن رهنا صحيحا بقيمة العين المضمونة ثم اذا هلك الرهن يهلك
بالاقل من القيمة ومن قيمة الرهن (و) يصح الرهن (ببدل الصلح عن انكار وان)
وصلية (اقر المدعى بعدم الدين) صورته لو ادعى رجل على رجل دينا الف
درهم مثلا فانكر المدعى عليه فصالحه على خمسمائة على الانكار واعطاه بها
رهنا يساوى خمسمائة فهلك الرهن عند المرتهن ثم تصادقا ان لا دين عليه
فان المرتهن يضمن قيمته خمسمائة للراهن باعتبار الظاهر وعن ابى يوسف
خلافه اى ليس عليه ان يرد شيئا (ولو رهن الاب لدينه عبد طفله جاز) لانه يملك
ايداعه وهذا انظر منه فى حق الصبى لانه اذا هلك يهلك مضمونا والوديعة

امانة ولوكان الولد كبيرا لايجوز للاب ان يرهن ماله بدين على نفسه الاباذنه (وكذا الوصى) اى الوصى مثل الاب فى الحكم المذكور وعن ابى يوسف وزفر انهما لايملكان ذلك وهو القياس لان الرهن ايفاء حكما فلايملكان كالايفاء حقيقة وجه الاستحسان ان فى حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله فى الحال والرهن حفظ مال الصغير فى الحال مع بقاء ملكه فيه (فان هلك) العبد الرهن (لزمهما) اى الاب والوصى (مثل ماسقط به) اى بالرهن (من دينهما) اى من دين الاب والوصى ولايضمنان الفضل ان كانت قيمة الرهن اكثر من الدين لانه امانة عند المرتهن ولهما ولاية الايداع وذكر التمرتاشى ان قيمة الرهن اذا كانت اكثر من الدين يضمن الاب بقدر الدين والوصى بقدر القيمة لان للاب ان ينتفع بمال الصبى بخلاف الوصى وفى الذخيرة التسوية بينهما فى الحكم وقال لايضمنان الفضل لما مر من انه امانة وكذا لوسلطا المرتهن على البيع لانه موكل على بيعه وهما يملكانه (ولورهن الاب) متاع الصغير (من نفسه اومن ابن آخر صغيرله) اى للاب (اومن عبدله) اى للاب (تاجر لادين عليه صح) لان الاب لوفور شفقته نزل منزلة شخصين واقيمت عبارته مقام عبارتين فى هذا العقد كما فى بيعه مال الصغير من نفسه فتولى طرفى العقد (بخلاف الوصى) اى لوارتهنه الوصى من نفسه اومن هذين اورهن عينا له من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز لانه وكيل محض والواحد لايتولى طرفى العقد فى الرهن كما لايتوليهما فى البيع وهو قاصر الشفقة ولايعدل عن الحقيقة فى حقه الحاقا له بالاب والرهن من ابنه الصغير ومن عبده التاجر الذى ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه اى الوصى (بخلاف ابنه الكبير وابيه) اى اب الوصى وعبده الذى عليه دين لانه لاولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع اذا باع من هؤلاء لانه متهم فيه ولاتهمة فى الرهن لانه له حكما واحدا (وان استدان الوصى لليتيم فى كسوته اوطعامه ورهن به متاعه) اى متاع اليتيم (صح) لان الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع ايفاء للحق فيجوز وكذلك لواتجر لليتيم فارتهن اورهن لان الاولى للوصى التجارة تثميرا لماله ولايجد بدا من الارتهان والرهن لانه ايفاء واستيفاء (ولبس للطفل اذا بلغ نقض الرهن فى شئ من ذلك مالم يقض الدين) لوقوعه لازما من جانبه ولوكان الاب رهنه فقضاه الابن رجع به فى مال الاب لانه مضطر فيه لحاجته الى احياء ملكه فاشبه معير الرهن وكذلك اذا هلك قبل ان يفتكه الاب يصير قاضيا دينه بماله فله ان يرجع عليه (ولورهن شيئا بثمن عبد فظهر العبد (حرا او بثمن خل فظهر) الخل (خمرا او بثمن ذكية فظهرت ميتة فالرهن مضمون) لانه رهنه بدين واجب ظاهرا وهو كاف لانه آكد من الدين

الموعود (وجاز رهن الذهب والفضة وكل مكيل وموزون) لانه يتحقق الاستيفاء منه فكان محلا للرهن (وان رهنت بجنسها فهلاكها بمثلها من الدين ولا عبرة للجودة) لانها ساقطة الاعتبار عند المقابلة بالجنس في الاموال الربوية وهذا عند الامام فان عنده يصير مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمة (وعندهما هلاكها بقيمتها ان خالفت وزنها فيضمن بخلاف الجنس ويجعل رهنا مكان الهالك) قالوا وعندهما ان لم يكن في اعتبار الوزن اضرارا باحدهما بان كانت قيمة الرهن مثل وزنه اى يكون هلاكها بمثلها من الدين عند الامام وان كان فيه الحاق ضرر باحدهما بان كانت قيمته اكثر من وزنه او اقل ضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه ثم يجعل ما ضمن رهنا مكانه ويكون دينه على حاله لانه لا وجه الى الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن ولا الى اعتبار القيمة لانه يؤدى الى الربا فصرنا الى التضمين بخلاف الجنس لينتقض القبض ويجعل مكانه ثم يتملكه وفي النهاية والتبيين تفصيل فليرا جعهما (ومن شرى) شيئا (على ان يعطى بالثمن رهنا بعينه اوكفيلا بعينه صح استحسانا) لانه شرط ملايم للعقد اذا الرهن والكفالة للاستيثاق وهو يلايم الوجوب وفي القياس لا يجوز لكونه صفقة في صفقة وهي منهي عنها واذا كان الرهن او الكفيل غائبا يفوت معنى الاستيثاق لان المشترى ربما يرهن شيئا حقيرا او يعطى كفيلا فقيرا لا يعد من الاستيثاق فيبقى العقد بشرط غير ملايم فيفسده قياسا واستحسانا اما لو كان الكفيل غائبا فحضر في المجلس وقبل صح وكذا لو لم يكن الرهن معينا فاتفقا على تعيين الرهن في المجلس او نقد المشترى الثمن حالا جاز وبعد المجلس لا يجوز (فان امتنع) المشترى (عن اعطائه) اى اعطاء الرهن (لا يجبر) المشترى على اعطائه عندنا لان عقد الرهن تبرع ولا جبر على التبرعات وقال زفر يجبر عليه لان الرهن صار بالشرط حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة في عقد الرهن فيلزم الرهن بلزومه (و) يثبت (للبايع) الخيار ان شاء (فسخ البيع) ان ابى عن اعطاء الرهن وان شاء ترك الرهن لانه وصف مرغوب في العقد وما رضى الا به فيتخير بفواته (الا ان دفع) المشترى (الثمن حالا) فح لا يفسخه لحصول الحق وهو الاعان في العقود (او) دفع (قيمة الرهن رهنا) لان يد الاستيفاء تثبت على المعنى وهو القيمة (ومن شرى شيئا وقال) المشترى (لبايعه امسك هذا) الثوب مثلا (حتى اعطيك الثمن فهو) اى الثوب (رهن) عند الطرفين (وعند ابي يوسف وديعة) لا رهن وهو قول زفر والائمة الثلاثة لان قوله امسك يحتمل الامرين الرهن والايداع لانه اقل وادون من الرهن فيقضى بثبوته بخلاف ما اذا قال امسك بدينك او بمالك على لانه

لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن ولنا انه اتى بما ينبئ عن معنى الرهن وهو الحبس الى ايفاء الثمن فالعبرة فى العقود للمعانى الا يرى انه لو قال ملكتك هذا بكذا يكون بيعا للتصريح بموجب البيع كأنه قال بعتك بكذا ولا فرق بين ان يكون ذلك الثوب هو المشترى اولم يكن بعد ان كان بعد القبض لان المبيع بعد القبض يصلح ان يكون رهنا بثمنه حتى يثبت فيه حكم الرهن بخلاف ما اذا كان قبل القبض لانه محبوس بالثمن وضمانه يخالف ضمان الرهن فلا يكون مضمونا بضمانين مختلفين لاستحالة اجتماعهما حتى لو قال له امسك المبيع حتى اعطيك الثمن قبل القبض فهلك انفسخ البيع كما فى التبيين (ولو رهن عبدين بالف فليس له اخذ احدهما بقضاء حصته) اى حصة احدهما من الالف (كالبيع) لان المجموع محبوس بكل الدين فيكون الجميع محبوسا بكل جزء من اجزاء الدين تحصيلا للحق وهو المبالغة فى الحمل على الايفاء فصار كالمبيع فى يد البايع فان سمى لكل واحد من اعيان الرهن شيئا من المال الذى رهنه فكذلك الجواب فى رواية الاصل وفى الزيادات له ان يقبضه اذا ادى ما سمى له وجه الاول ان العقد متحد لا يتفرق بتفريق التسمية كما فى البيع ووجه الثانى انه لا حاجة الى الاتحاد لان احد العقدين لا يصير مشروطا فى الآخر الا يرى انه لو قبل الرهن فى احدهما جاز بخلاف البيع (ولو رهن) رجل (عينا عند رجلين) بدين لكل واحد منهما عليه سواء كانا شريكين فى الدين اولم يكونا شريكين فيه (صح) الرهن (وكلها) اى كل العين (رهن لكل) واحد (منهما) اى من الرجلين لان الرهن اضيف الى جميع العين فى صفقة واحدة ولا شيوع فى الرهن وموجبه صيرورته محتبسا بالدين وهذا الحبس مما لا يقبل الوصف بالتجزى فصار محبوسا لكل واحد منهما بخلاف الهبة من رجلين حتى لا يجوز عند الامام لان العين تنقسم عليهما فيثبت الشيوع ضرورة (والمضمون على كل) واحد منهما (على حصة دينه) لان كل واحد منهما يصير مستوفيا بالهلاك اذ ليس احدهما باولى من الآخر فينقسم عليهما لان الاستيفاء مما يقبل التجزى (فان تهايئا) اى المرتهنان (فى حفظها) اى العين المرهونة (وكل) واحد منهما (فى نوبته كالعدل) الذى وضع عنده الرهن (فى حق الآخر) وفيه اشارة الى ان ارتهان كل واحد منهما باق مالم يصل الرهن الى الراهن كما فى العناية وفى التبيين هذا اذا كان لا يتجزى فظاهر وان كان مما يتجزى وجب ان يحبس كل واحد منهما النصف فان دفع احدهما كله الى الآخر وجب ان يضمن الدافع عند الامام خلافا لهما (فان قضى) الراهن (دين احدهما) اى احد المرتهنين دون الآخر (فكلها) اى كل العين (رهن عند الآخر) لان جميع العين رهن فى يد كل

واحدمنهما من غير تفرق على ماذكر آنفا (ولورهن اثنان من واحد صح وله) اي للواحد (ان يمسكه) اي الرهن (حتى يستوفي جميع حقه منهما) لان قبض الرهن يحصل في الكل من غير شيوع فصار نظير البايع وهما نظيرا المشتريين (ولوادعى كل من اثنين ان هذا رهن) فعل ماض (هذا الشيء) مفعول رهن (منه وقبضه) اي الشيء (و برهنا عليه) اي على ماادعيا (بطل برهانهما) صورتها رجل في يده عبد ادعاه رجلان يقول كل واحد منهما لذي اليد قدرهنتني عبدك هذا بالف درهم وقبضته منك واقام البينة على مدعاهما فهو باطل اذلاوجه الى القضاء لكل واحد منهما بالكل لاستحالة ان يكون العبد الواحد كله رهنا لهذا وكله لذلك في حالة واحدة ولا لاحدهما بكله لعدم اولوية حجته على حجة الآخر ولاالى القضاء لكل منهما بالنصف لافضائه الى الشيوع فيتعذر العمل بهما وتعين التهاتر ولايمكن ان يقدر كانهما ارتهناه معا استحسانا اذا جهل التاريخ لان ذلك يؤدي الى العمل بخلاف ما اقتضته الحجة لان كلامنهما اثبت ببينته حبسا يكون وسيلة الى مثله في الاستيفاء و بهذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة الى شطره في الاستيفاء وليس هذا عملا على وفق الحجة وماذكرناه وان كان قياسا لكن محمد اخذ به لقوته واذا وقع باطلا فلو هلك يهلك امانة لان الباطل لاحكم له هذا اذا لم يؤرخا فان ارخا كان صاحب التاريخ الاقدم اولى وكذا اذا كان الرهن في يد احدهما كان صاحب اليد احق (ولو) كان هذا (بعدموت الراهن) اي لومات الراهن فاقام كل واحد منهما انه رهنه عنده وقبضه (قبلا و يحكم بكون الرهن مع كل) واحد منهما (نصفه) بدل من الرهن (رهنا بحقه) اي بحق كل منهما استحسانا وهو قول الطرفين لان حكم الرهن هو الحبس في الحيوة وليس للشيوع وجه هنا بخلاف الممات اذ بعده ليس له الحكم الا الاستيفاء بان يبيعه في الدين شاع اولم يشع وعند ابي يوسف يبطل هذا قياسا لان القضاء بالنصف غير جائز في الحيوة للشيوع وكذا في الممات له وفي التنوير اخذ عمامة المديون ليكون رهنا عنده لم يكن رهنا دفع ثوبين فقال خذ ايهما شئت رهنا بكذا فاخذهما لم يكن واحد منهما رهنا قبل ان يختار احدهما

باب الرهن يوضع عند عدل

لما فرغ من الاحكام الراجعة الى نفس الراهن والمرتهن ذكر في هذا الباب الاحكام الراجعة الى نائبهما وهو العدل لما ان حكم النائب ابدا يقفو حكم الاصل ثم ان المراد بالعدل ههنا من رضي الراهن والمرتهن بوضع الرهن في يده

وزاد عليه بعض المعتبرات قيدا آخر حيث قال ورضيا ببيع الرهن عند حلول الاجل بناء على ماهو الجارى بين الناس فيما هو الغالب و الافرضا هما بايع الرهن عند حلول الاجل ليس بامر لازم وعن هذا قال فى الكافى ليس للعدل بيع الرهن مالم يسلط عليه لانه مأمور بالحفظ فحسب (ولو اتفقا) اى الراهن والمرتهن (على وضع الرهن عند عدل صح) وضعهما (ويتم) الرهن (بقبض العدل) هذا عندنا وقال زفر لايصح لان العدل يملكه عند الضمان بعد الاستحقاق فينعدم القبض و به قال ابن ابى ليلى قلنا يده يد المرتهن فيصح والمضمون هو المالية فينزل منزلة شخصين (وليس لاحدهما) اى للراهن والمرتهن (اخذه) اى اخذ الرهن (منه) اى من العدل (بلا رضى الآخر) لتعلق حق كل واحد منهما به حفظا واستيفاء فلا يبطل كل واحد حق الاخر (ويضمن) العدل قيمة الرهن (بدفعه الى احدهما) لانه مودع الراهن فى حق العين ومودع المرتهن فى حق المالية وكل واحد اجنبى عن الآخر والمودع اذا دفع الى الاجنبى يضمن ولانه لو دفع الى المرتهن يدفع ملك الغير ولو دفع الى الراهن تبطل اليد على المرتهن وذلك تعد (وهلاكه) اى الرهن (فى يده) اى فى يد العدل (على المرتهن) لان يده فى حق المالية يد المرتهن والمالية هى المضمونة (فان وكل الراهن العدل والمرتهن اوغيرهما) اى غير العدل والمرتهن (ببيعه) اى ببيع الرهن (وقت حلول الاجل صح) التوكيل لان الرهن ملكه فله ان يوكل من شاء من هؤلاء ببيع ماله معلقا ومنجزا فلو وكل ببيعه صغيرا لايعقل فباعه بعد بلوغه لم يصح عند الامام لان امره وقع باطلا لعدم القدرة وقت الامر فلا ينقلب جائزا وقالا يصح لقدرته عليه وقت الامتثال (فان شرطت) الوكالة (فى عقد الرهن لاينعزل) الوكيل (بالعزل) اى عزل الراهن بدون رضى المرتهن لتعلق الحق بالمرهون وفى القهستانى ولو وكل بعد الرهن انعزل وهذا ظاهر الرواية وقال شيخ الاسلام الصحيح انه لم ينعزل كما فى الذخيرة لكن الصحيح انعزل كما فى الخانية (ولا) ينعزل ايضا (بموت الراهن ولا) بموت (المرتهن) لان الوكالة المشروطة فى ضمن عقد الرهن صارت حقا من حقوقه فيلزم بلزوم اصله كما فى الهداية لكن هذا الدليل يقتضى جواز عزله قبل ان يقبض المرتهن الرهن فان اللزوم انما يتحقق بالقبض الا ان يقال لما كانت هذه الوكالة ثابتة فى ضمن عقد الرهن فزوالها يكون فى ضمن زواله ايضا تدبر (وله) اى للوكيل (بيعه) اى بيع الرهن بعد موت الراهن (بغيبة ورثته) اى ورثة الراهن كما كان له حال حيوته ان يبيعه بغير حضرة الراهن (وتبطل) الوكالة (بموت الوكيل) فلايقوم وارثه

ولاوصيه مقامه لان الوكالة لايجرى فيها الارث ولان الموكل رضي برأيه لابرأى غيره كما فى الهداية وهذا يقتضي ان يجوز بيع الوصى اذا قال الراهن للوكيل بالبيع اجزت لك ماصنعت فيه من شئ وصرح بذلك فى الذخيرة وعن ابى يوسف ان وصى الوكيل يملك بيعه للزوم الوكالة كالمضارب اذامات والمال عروض يملك وصي المضارب بيعها (ولو وكله) اى العدل (بالبيع مطلقا ملك بيعه بالنقد والنسيئة فلونهاه) اى العدل (بعده) اى بعد توكيله مطلقا (عن بيعه نسيئة لايعتبر نهيه) لانه لازم باصله فكذا بوصفه وكذا لاينعزل بالعزل الحكمى كموت الموكل وارتداده ولحوقه بدار الحرب لان الرهن لايبطل بموته ولو بطل انما كان يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم عليه كما تقدم على حق الراهن بخلاف الوكالة المفردة حيث تبطل بالموت وتعزل بعزل الموكل وتمامه فى التبيين فليراجع (ولا يبيع الراهن ولا المرتهن الرهن بلا رضى الآخر) لتعلق حق كل منهما بالرهن كما بيناه (وان حل الاجل والراهن) اووارثه بعد موته (غائب) وابى الوكيل ان يبيع (اجبر) بالاتفاق (الوكيل على بيعه) اى الرهن بان يحبسه القاضى اياما فان لج بعد الحبس اياما فالقاضى يبيع عليه وهذا على اصليهما ظاهر واما على اصل الامام فكذلك عند البعض لان جهة البيع تعينت لان بيع الرهن صار حقا للمرتهن ايفاء لحقه بخلاف سائر اموال المديون وقيل لايبيع كما لايبيع مال المديون عنده وفيه اشعار بانه لوحضر الراهن لم يجبر الوكيل بل اجبرهو كما فى القهستانى ثم ان البيع لايفسد بهذا الاجبار لانه اجبار بحق فصار كلا اجبار وفيه ايهام انه لايجوز البيع قبل حلول الاجل وفى الخانية لوسلط العدل على البيع مطلقا ولم يقل عند حلول الدين فله ان يبيع قبل ذلك (كما يجبر الوكيل بالخصومة عليها) اى على الخصومة (عند غيبة موكله) اى اذا وكل المدعى عليه رجلا بخصومته بطلب المدعى فغاب الموكل وابى الوكيل ان يخاصمه فانه يجبر على الخصومة لان المدعى خلى سبيل المدعى عليه اعتمادا على ان وكيله يخاصمه فلا يمكن للوكيل ان يمتنع كما فى الكافى وفيه اشعار بان تكون الوكالة بطلب المدعى لكن اطلاق المتن يخالفه تدبر وفى البرجندى والخلاف فى اجبار الوكيل بالخصومة كالخلاف فى اجبار الوكيل ببيع الرهن وانما قيد الوكيل بالخصومة لان الوكيل بقضاء الدين لايجبر اذا وكله بقضائه من مال نفسه بخلاف مااذا وكله بقضاء الدين من مال الموكل انتهى (وكذا يجبر) على بيعه (لو شرطت الوكالة) (بعد عقد الرهن فى الاصح) وذكر السرخسى ان فى ظاهر الرواية لايجبر الوكيل على البيع وعن ابى يوسف ان الجواب فى الفصلين واحد اى يجبر

سواءشرط اولم يشترط و يوءيده اطلاق الجواب فى الجامع الصغير (فان باعه) اى الرهن (العدل فثمنه) اى ثمن الرهن (قائم مقامه) اى مقام الرهن ولافرق بين ان يكون الثمن مقبوضا اولم يكن لقيامه مقام ما كان مقبوضا وهو الرهن (وهلاكه) اى هلاك الثمن لوتوى على المشترى (كهلاكه) اى الرهن فيسقط بقدره دين المرتهن ولا ينظر الى قيمة الرهن بل الى قيمة الثمن خص العدل بالذكر والظاهر انه اذا وكل المرتهن ببيع المرهون كان الحكم ايضا كذلك كما فى البرجندى (فان اوفاه) اى الثمن بعد بيع العدل الرهن (المرتهن واستحق الرهن وكان هالكا) فى يد المشترى (فالمستحق ان يضمن الراهن) قيمة الرهن ان شاء لانه غاصب فى حقه بالاخذ (ويصح البيع والقبض) اى قبض المرتهن الثمن بمقابلة دينه لان الراهن يملكه باداء الضمان مستندا الى وقت الغصب فتبين انه امره ببيع نفسه (او) ضمن المستحق (العدل) معطوف على قوله الراهن لانه متعد فى حقه بالبيع والتسليم (ثم العدل) على تقدير تضمينه (مخير ان شاء ضمن الراهن) لانه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة (ويصحان) اى البيع وقبض المرتهن ايضا لان العدل ملكه باداء الضمان فتبين انه باع ملك نفسه فلا يرجع المرتهن على العدل بشئ بدينه (او) ضمن (المرتهن ثمنه) الذى اداه اليه لظهور اخذه الثمن من غير حق (وهو) اى الثمن (له) اى للعدل لانه ملكه وانما اداه الى المرتهن على ظن ان المبيع ملك الراهن فاذا تبين انه ملكه لم يكن العدل راضيا به فله ان يرجع به عليه (و يبطل القبض فيرجع المرتهن على الراهن بدينه) لان العدل اذا رجع بطل قبض المرتهن الثمن فيرجع المرتهن على راهنه بدينه ضرورة (فان كان الرهن قائما) فى يد المشترى (اخذه) اى الرهن (المستحق) من مشتريه لانه وجد عين ماله (ورجع المشترى على العدل بثمنه) لكونه عاقدا فحقوق العقد راجعة اليه (ثم) رجع (هو) اى العدل (على الراهن به) اى بثمنه لانه الذى ادخله فى العهدة بتوكيله فيجب عليه تخليصه (وصح القبض) اى قبض المرتهن الثمن لان مقبوضه سلم له (او يرجع) العدل (على المرتهن) بالثمن الذى اداه اليه اذا انتقاض العقد يبطل الثمن وكذا ينقض قبضه بالضرورة (ثم) يرجع (المرتهن على الراهن بدينه) لانه اذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه فى الدين كما كان فيرجع به على الراهن هذا على اشتراط التوكيل اما ان لم يشترط فى الرهن لاخيار للعدل ومن هذا قال (وان لم يكن التوكيل مشروطا فى الرهن يرجع العدل على الراهن فقط) لا على المرتهن سواء (قبض المرتهن ثمنه اولم يقبض) كما اذا باع العدل

بامر الراهن وضاع الثمن فى يده من غير تعد منه ثم استحق المرهون وضمن العدل يرجع به على الراهن (وان هلك الرهن عند المرتهن ثم استحق فللمستحق ان يضمن الراهن قيمته) ان شاء لانه متعد فى حقه بالتسليم (و يصير المرتهن مستوفيا) بدينه لان الراهن ملكه باداء الضمان فصح الايفاء (و) ان شاء (ان يضمن المرتهن) لانه متعد فى حقه ايضا بالقبض (و يرجع المرتهن بها) اى بالقيمة التى ضمنها لانه مغرور من جهة الراهن (و) يرجع (بدينه على الراهن) لانه انتقض قبضه فيعود حقه كما كان قيل لما كان قرار الضمان على الراهن والملك فى المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه يقال لما كان رجوع المرتهن على الراهن بسبب انه مغرور من جهته كان الملك بالرجوع متأخرا عن عقد الرهن فيبين انه ملك غيره

باب التصرف فى الرهن وجنايته والجناية عليه

لما ذكر الرهن واحكامه شرع فيما يعترض عليه اذا عارضه بعد وجوده (بيع الراهن الرهن موقوف على اجازة المرتهن اوقضاء دينه) وعن ابى يوسف انه نافذ كالاعتاق لانه تصرف فى خالص ملكه والصحيح ظاهر الرواية لتعلق حق المرتهن به فيتوقف على اجازته وان تصرف الراهن فى ملكه كالوصية يتوقف نفاذها فيما زاد على الثلث على اجازة الورثة لتعلق حقهم به فان اجاز المرتهن جاز لان المانع من النفاذ حقه وقد زال بالاجازة وان قضى الراهن دينه جاز ايضا لان المقتضى لنفاذ البيع موجود وهو التصرف الصادر عن الاهل فى المحل وقد زال المانع من النفوذ (فان اجاز صار ثمنه رهنا مكانه) وفى الهداية فاذا نفذ البيع باجازة المرتهن ينتقل حقه الى بدله هو الصحيح لان حقه تعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل وصار كالعبد المديون اذا بيع برضاء الغرماء ينتقل حقهم الى البدل لانهم رضوا بالانتقال دون السقوط رأسا فكذا هذا؛ وعن ابى يوسف انه انما يكون الثمن رهنا اذا كان الراهن شرط ان يباع بدينه اما اذا لم يكن شرطا فلا والصحيح هو الاول وهذا كله اذا باع الراهن وهو فى يد المرتهن اما اذا دفعه الى الراهن فقيل لا يبقى الرهن فلا يكون الثمن رهنا والاصح انه يبقى رهنا لانه بمنزلة الاجازة فلا يبطل الرهن لكن يبطل ضمانه كما فى العمادية (وان لم يجز) المرتهن البيع (وفسخ لا ينفسخ فى الاصح) اذ ثبوت حق الفسخ له لضرورة صيانة حقه ولا حاجة الى هذه الضرورة اذ حقه فى الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد فيبقى موقوفا و ينفسخ فى رواية ابن سماعة كعقد الفضولى حتى لو استفكه الراهن فلا سبيل للمشترى عليه واذا كان

موقوفا (فان شاء المشترى صبر الى ان يفك الرهن) لان العجز على شرف الزوال (اورفع) المشترى الامر (الى القاضى ليفسخه) اى يفسخ القاضى البيع بسبب العجز عن التسليم فان ولاية الفسخ الى القاضى لا الى المشترى كما اذا ابق العبد المشترى قبل القبض فانه يتخير المشترى لما ذكرنا كذلك هنا ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعا ثانيا من غيره قبل ان يجيزه المرتهن فالثانى موقوف ايضا على اجازته لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثانى فلو اجاز المرتهن البيع الثانى جاز الثانى ولو باع الراهن ثم آجر اورهن اووهب من غيره واجاز المرتهن هذه العقود جاز البيع الاول والفرق هوان المرتهن ذوحظ من البيع الثانى لانه يتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه لتعلق فائدته به اما لا حق له فى هذه العقود لانه لا بدل فى الهبة والرهن والذى فى الاجارة بدل المنفعة لا بدل العين وحقه فى مالية العين لا فى المنفعة فكانت اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع الاول فوضح الفرق كما فى الهداية (وصح عتق الراهن) موسرا كان اومعسرا (الرهن) اى العبد الرهن بلا اذن المرتهن (و) كذا يصح (تدبيره واستيلاده) عندنا لانه تصرف صدر عن الاهل ووقع فى المحل فخرج وامن الرهنية لبطلان المحلية فلا يجوز استيفاء الدين منهم وانما لا ينفذ بيعه للعجز عن التسليم والبيع مفتقر الى القدرة على التسليم بخلاف الاعتاق ولهذا ينفذ اعتاق الآبق دون بيعه (فان كان) الراهن (موسرا طولب بدينه ان) كان (حالا) لانه لو طولب باداء القيمة تقع المقاصة بقدر الدين فلا فائدة فيه (واخذت قيمة الرهن) اى اخذ المرتهن من الراهن قيمة العبد (فجعلت) اى القيمة (رهنا مكانه لو) كان الدين (مؤجلا) حتى يحل الدين لان سبب الضمان متحقق وفى التضمين فائدة وهوان يكون الكل رهنا واذا حل الدين اقتضاه بحقه اذا كان جنس حقه ورد الفضل كما فى الهداية (وان كان) الراهن (معسرا سعى العبد المعتق فى الاقل من قيمته ومن الدين) اى ان كانت القيمة اقل سعى العبد فى القيمة وان كان الدين اقل من القيمة سعى فى الدين وانما يسعى لانه لا يتمكن المرتهن من استيفاء حقه من الراهن الفقير فيأخذ من المنتفع بالعتق وهو العبد بمقدار ماليته اذ ليس عليه ان يسعى فيما زاد على مقدارها (ورجع) العبد (به) اى بما سعى (على سيده) اذا ايسر لانه قضاء بالزام الشرع ومن قضى دين غيره وهو مضطر فيه رجع عليه بخلاف المستسعى فى اعتاق احد الشريكين لانه يؤدى ضمانا عليه لانه انما يسعى لتحصيل العتق عنده ولتكميله عندهما وقال الشافعى انه ينفذ ان كان موسرا لامكان تضمينه ولا ينفذ ان كان معسرا (و) سعى

المدبر وام الولد) فى التدبير والاستيلاد (فى كل الدين بلا رجوع) لان كسب المدبر والمستولد ملك المولى فيستعيان فى كل دينه بلا رجوع (واتلافه) اى اتلاف الراهن الرهن (كاعتاقه موسرا) اى ان كان الدين حالا اخذ منه كل الدين وان كان مؤجلا اخذ قيمته ليكون رهنا عنده الى زمان حلول الاجل (وان اتلفه) اى الرهن (اجنبى) اى غير الراهن (ضمنه) اى المتلف (المرتهن قيمته) اى الرهن يوم هلك (وكانت) القيمة (رهنا مكانه) لانه احق بعين الرهن حال قيامه فكذا فى استرداد ماقام مقامه والواجب فى هذا المستهلك قيمته يوم هلك باستهلاكه بخلاف ضمانه على المرتهن تعتبر قيمته يوم القبض حتى لو كانت قيمته يوم الاستهلاك خمسمائة و يوم الارتهان الفا غرم خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة لان المعتبر فى ضمان الرهن يوم قبضه كما لانه به دخل فى ضمانه لانه قبض استيفاء الا انه يتقرر عند الهلاك ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل ضمن قيمته لانه اتلف مال الغير وكانت رهنا فى يده حتى يحل الاجل لان الضمان بدل العين فانه حكمه و يؤجل الدين والمضمون من جنس حقه استوفى المرتهن منه دينه ورد الفضل على الراهن ان كان فيه فضل وان كان دينه اكثر من قيمته رجع بالفضل وان نقصت عن الدين بتراجع السعر الى خمسائة وقد كانت قيمته يوم القبض الفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة لان ماانتقص كالهالك وسقط من الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقى بالاتلاف وهو قيمته يوم اتلف كما فى الهداية وغيرها وهو مشكل فان النقصان بتراجع السعر اذا لم يكن مضمونا عليه ولا معتبرا فكيف يسقط من الدين خمسمائة سوى ماضمن بالاتلاف وكيف يكون ماانتقص به كالهالك حتى يسقط الدين بقدره وهو لم ينتقص الا بتراجع السعر وهو لا يعتبر فوجب ان لا يسقط بمقابلته شئ من الدين كما فى التبيين لكن الاشكال يضمحل بقول صاحب الهداية وغيره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر اذ لا شك ان القبض السابق مضمون عليه لانه قبض استيفاء فبالهلاك يتقرر الضمان ولما كان المعتبر قيمته يوم القبض وقد كانت قيمته يوم القبض الفا ثم انتقصت منهما خمسمائة بتراجع السعر سقط عن الدين لا محالة مقدار تمام الالف خمسمائة منه باتلافه وخمسمائة منه بقبضه السابق حيث كانت قيمته وقت القبض الفا تاما ولا تأثير فى سقوط شئ منه بتراجع السعر اصلا وهذا ظاهر من عبارة الهداية وغيرها تدبر (ولو اعار المرتهن الرهن اى فعل به مثل مايفعل بالعارية والا فالعارية تمليك المنافع والمرتهن لا يملك ذلك وفى المنح تفصيل فليراجع (من راهنه خرج من ضمانه) لان الضمان كان باعتبار

قبضه وقد انتقض بالرد الى صاحبه فارتفع الضمان لارتفاع المقتضى له فلا يكون مضمونا على صاحبه لان الاسترداد باذنه (وبرجوعه) اى برجوع الرهن الى يد المرتهن (يعود ضمانه) حتى يذهب الدين بهلاكه لعود القبض الموجب للضمان (وله) اى للمرتهن (الرجوع) من الاعارة (متى شاء) لان عقد الرهن باق الا فى حكم الضمان فى تلك الحالة (ولو اعاره احدهما) اى اعار المرتهن او الراهن الرهن (باذن الآخر من اجنبى خرج من ضمانه ايضا) لما بينا من ان الضمان كان باعتبار قبضه وقد انتقض (فلو هلك فى يده) اى فى يد المستعير (هلك مجانا) لارتفاع القبض الموجب للضمان (ولكل منهما) اى من الراهن والمرتهن (ان يرده) من المستعير (رهنا) كما كان لانه لم يخرج عن الرهنية بالاعارة ولان لكل واحد حقا محترما فى الرهن وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من الاجنبى اذا باشرها احدهما باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود الا بعقد مبتدأ كما فى الهداية (فان مات الراهن قبل رده) اى قبل رد المستعير الرهن الى المرتهن (فالمرتهن احق به) اى بالرهن (من سائر الغرماء) لان حكم الرهن باق فيه اذ يد العارية ليست بلازمة وكونه غير مضمون لا يدل على انه غير مرهون فان ولد المرهون مرهون وليس بمضمون بالهلاك فظهر منه ان الضمان ليس من لوازم الرهن من كل وجه (ولو استعار المرتهن الرهن من راهنه) للعمل (او استعمله باذنه فهلك حال استعماله سقط ضمانه عنه) اى عن المرتهن لثبوت يد العارية بالاستعمال وهى مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان (وان هلك) الرهن (قبل استعماله) اى المرتهن الرهن (او) هلك (بعده) اى بعد استعماله (فلا) يسقط ضمانه عن المرتهن اما الاول فلبقاء عقد الرهن واليد والضمان واما الثانى فلان يد العارية ترتفع بالفراغ فيبقى على اصل الرهن (وصح استعارة شئ ليرهنه) ذلك الشئ لانه متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع باثبات ملك العين واليد وهو قضاء الدين بماله ويجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن كما ينفصل فى حق البايع زوالا لان البيع يزيل الملك دون اليد (فان اطلق) المعير ولم يقيده بشئ (رهنه) اى المستعير (بما شاء) من قليل او كثير (عند من شاء) عملا للاطلاق (وان قيد) المعير ما اعاره للرهن (بقدر او جنس او مرتهن او بلد تقييد به) فليس للمستعير ان يتجاوز عنه اذ كل ذلك لا يخ عن افادة شئ من التيسر والحفظ والا مانة ثم بين فائدته فقال (فان خالف) ما قيده به المعير (فهلك كان ضامنا فان شاء) المعير (ضمن المستعير) قيمته (ويتم الرهن بينه) اى بين المستعير والراهن (وبين مرتهنه) لان كل واحد منهما متعد فى حقه فصار الراهن كالغاصب والمرتهن كغاصب الغاصب (او) ضمن

(المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمنه وبدينه على المستعير لما مر) فى الاستحقاق وان خالف الى خير بان عين له اكثر من قيمته فرهنه باقل من ذلك بمثل قيمته او اكثر فانه لا يضمن (وان وافق) المستعير فى ارتهانه بعد ما عينه المعير (وهلك عند مرتهنه صار مستوفيا دينه) ان كانت قيمته مثل الدين او اكثر (او) صار مستوفيا (قدر قيمة الرهن لو) كانت قيمته (اقل من الدين وطالب راهنه بباقيه) اى بباقى الدين اذا لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته (ووجب للمعير على المستعير مثل الدين) لو صار مستوفيا دينه بان كانت قيمته كالدين او اكثر لانه قضى دينه كله (اوقدر القيمة) لو صار مستوفيا قدر قيمة الرهن لانه قضى ذلك القدر من دينه ولا تجب عليه قيمته مطلقا لانه قد وافق فلا يكون متعديا (ولو هلك عند المستعير قبل رهنه او بعد فكه عن الرهن (لا يضمن) لانه لم يصر قاضيا دينه به وهو الموجب للضمان على ما بيناه (وان)وصلية (كان قد استعمل من قبل) بالاستخدام او بالركوب او نحو ذلك لانه امين خالف ثم عاد الى الوفاق فلا يضمن خلافا للشافعى (ولو اراد المعير افتكاك الرهن بقضاء دين المرتهن من عنده فله ذلك) وليس للمرتهن ان يمتنع من تسليم الرهن بل يكون مجبورا على الدفع لان قضاءه كقضاء الراهن فى استخلاص ملكه (ويرجع المعير بما ادى على الراهن) لكونه غير متبرع فى القضاء لانه سعى فى استخلاص ماله (ولو قال المستعير هلك فى يدى قبل الرهن او بعد الفكاك وادعى المعير هلاكه عند المرتهن فالقول للمستعير) مع يمينه لانه ينكر الايفاء بدعواه الهلاك فى هاتين الحالتين فان قيل قد صار مضمونا عليه بالرهن وهو يدعى سقوط الضمان بالافتكاك فلا يقبل قوله فى ذلك بحجة كالغاصب يدعى رد المغصوب قلنا الرهن وان كان اثبات يد الاستيفاء ولكن حقيقة الايفاء بالهلاك فاذا انكر الهلاك فى يد المرتهن فقد انكر الايفاء حقيقة والضمان ينشأ منه وكان منكرا للضمان (ولو اختلفا فى قدر ما امره بالرهن به فللمعير) اى فالقول للمعير لان الاذن يستفاد من جهته ولو انكر اصله كان القول له فكذا اذا انكر وصفه (وجناية الراهن على الرهن مضمونة) لانه تعلق به حق المرتهن وتعلق حق الغير بالمال يجعل المالك كالاجنبى فى حق الضمان الا ترى ان تعلق حق الورثة بمال المريض يمنع نفوذ تصرفه فيما زاد على الثلث وكذا الورثة اذا اتلفوا العبد الموصى بخدمته ضمنوا قيمته ليشترى به عبد يقوم مقامه (وكذا جناية المرتهن عليه) مضمونة (فيسقط من دينه بقدرها) اى بقدر الجناية لان عين الرهن ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن وهو سبب الضمان فيصير مستوفيا من دينه بقدر الجناية اما اذا كان قدر الجناية اكثر من الدين يضمن الراهن المرتهن ما زاد

على الدين لان الكل صار مضمونا عليه بالاستهلاك (وجناية الرهن عليهما) اى على الراهن والمرتهن اذا كانت موجبة للمال بان كانت خطاء فى النفس اوفيما دونها واما مايوجب القصاص فهو معتبر بالاجماع كما فى اكثر المعتبرات فعلى هذا لوقيده لكان اولى تدبر (وعلى ما لهما هدر) اى بط عند الامام (خلا فالهما فى المرتهن) فان عندهما جناية الرهن على المرتهن معتبرة وهو مذهب الائمة الثلاثة اما الوفاقية فلانها جناية المملوك على المالك وجناية المملوك على المالك فيما يوجب المال هدر بالاتفاق بخلاف الجناية الموجبة للقصاص واما الخلافية فلهما ان الجناية حصلت على غير المالك وفى الاعتبار فائدة وهو دفع العبد اليه بالجناية فتعتبر ثم ان شاء الراهن والمرتهن ابطلا الرهن ودفعاه بالجناية الى المرتهن وان قال المرتهن لااطلب الجناية فهو رهن على حاله وله ان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان على المرتهن التطهير من الجناية لانها حصلت فى ضمانه فلايفيد وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه وجنايته على مال المرتهن لاتعتبر بالاتفاق اذا كانت قيمته والدين سواء لانه لافائدة فى اعتباره لانه لايتملك بها العبد مع ان التملك فائدة ولم يوجد وان كانت القيمة اكثر من الدين فعن الامام انه يعتبر بقدر الامانة لان الفضل ليس فى ضمانه فاشبه جناية العبد الوديعة على المستودع وعنه انه لايعتبر لان حكم الرهن وهو الحبس فيه ثابت فصار كالمضمون وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن اوعلى ابن المرتهن لان الاملاك حقيقة متباينة فصار كالجناية على الاجنبى كما فى الهداية (ولو رهن عبدا يساوى الفا بالف مؤجلة فصارت قيمته مائة) بان انتقص سعره (فقتله اى العبد (رجل) خطاء (وغرم مائة وحل الاجل يقبض المرتهن المائة قضاء عن حقه) وسقط باقيه وهو تسعمائة (ولايرجع على راهنه بشئ) لان النقصان من حيث السعر لايوجب السقوط عندنا لان نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس فيه وذا غير معتبر واما نقصان العين فيتقرر بفوات جزء منه فيسقط الدين فى انتقاصها لافى انتقاص المالية من جهة السعر ولما كان الدين باقيا و يد الرهن يد الاستيفاء صار مستوفيا الكل من الابتداء خلافا لزفر لان المالية انتقصت فاشبه انتقاص العين (وان باعه) اى المرتهن الرهن وهو العبد الذى يساوى الفا وكان رهنا بالف (بالمائة بامر راهنه) قبض المائة قضاء لحقه (ورجع) المرتهن بعد قبض المائة (عليه) اى على الراهن (بالباقى) اى بباقى الدين وهو تسعمائة وفى الكافى واما الفصل الرابع وهو ما اذا باعه بمائة فانه يصح لانه ان كان موضوع المسئلة ان سعره تراجع الى مائة فظاهر لانه باعه بمثل قيمته فصح بالاجماع وان كان موضوع المسئلة انه لم ينتقص فصح البيع ايضا عند الامام

وصح عندهما ان كان قال بع بماشئت واذاصح البيع صار المرتهن وكيل الراهن عاباعه باذنه وصاركأن الراهن استرده و باعه بنفسه ولو كان كذلك يبطل الرهن و يبقى الدين الا بقدرمااستوفى كذا هذا (وان قتله) اى العبدالرهن الذى يساوى القاقبل نزول السعر الى مائة اوبعدالنزول (عبد) هو (يعدل مائة فدفع) بصيغة المجهول (به) اى دفع العبد الجانى مقام العبد المقتول بسبب قتله (افتكه الراهن بكل الدين) وهوالالف عندالشيخين لان التغيرلم يظهر فى نفس العبد اذالعبد الثانى قام مقام الاول من حيث انه دم ولحم فكانه تراجع سعره الى مائة فلوكان الاول قائما وتراجع سعره لم يكن له خيار فكذلك هنا (وعند محمد) هو بالخيار (ان شاء دفعه) اى العبدالمدفوع (الى المرتهن) بدينه ولاشئ عليه غيره (وان شاء افتكه بالدين) لانه تغير فى ضمان المرتهن فاوجب التخيير وقال زفر يصير الثانى رهنا بمائة لان يد المرتهن يد الاستيفاوقد تقرر بالهلاك الاانه اخلف بد لا بقدرالعشرة فيبقى الدين بقدره (وان جنى العبد (الرهن خطاء فداه المرتهن) لان ضمان الجناية على المرتهن والعبد كله فى ضمانه ودينه مستغرق لرقبته وعلى تقدير الفداء يبقى الدين والعبدرهن وليس له ولاية الدفع الى ولى القتيل اذالدفع للمالك وهوليس بمالك (ولا يرجع المرتهن على الراهن) بشئ من الفداء لان العبد كله مضمون وجناية المضمون كجناية الضامن فلورجع على الراهن رجع الرهن عليه ولايفيد (فان ابى) اى امتنع المرتهن من الفداء (دفعه الراهن) الى ولى الجناية (اوفداه) اى يقال للراهن افعل واحدا من الدفع والفداء ان شاء يدفعه وان شاء يفدى عنه (ويسقط الدين) تاما بفعل كل منهما من الراهن ان كان الدين اقل من قيمة الرهن اومساويا وان كان الدين اكثر يسقط من الدين مقدار قيمة العبد ولايسقط الباقى كما فى اكثر المعتبرات فعلى هذا لوقيده كما قيدناه لكان اولى تدبر وفى بعض المعتبرات اذاولدت المرهونة ولدا فقتل انسانا خطاء اواستهلك مال انسان فلاضمان على المرتهن بل يخاطب الراهن بالدفع اوالفداء فى الابتداء لانه غير مضمون على المرتهن فان دفع خرج من الرهن ولم يسقط شئ من الدين كما لوهلك فى الابتداء وان فدى فهو رهن مع امه على حالهما ولو استهلك العبد المرهون مالايستغرق رقبته فان ادى المرتهن الدين الذى لزم العبد فدينه على حاله كما فى الفداء وان ابى قيل للراهن بعه فى الدين الا ان يختار ان يؤدى عنه فان ادى بطل دين المرتهن كماذكرنا (فى الفداء) وان لم يؤد وبيع العبد فى الدين يأخذ صاحب دين العبد دينه وتمامه فى الهداية والكافى فليطالعهما وفى المنح لورهن حيوانا من غير بنى آدم فجنى البعض على البعض كان هدر او يصير كأنه هلك بآفة سماوية ولورهن

عبدين كل واحد منهما يساوى الفا بالفين فقتل احدهما الاخر اوجنى احدهما على الاخر فيما دون النفس قل الارش اوكثر لاتعتبر الجناية و يسقط دين المجنى عنه بقدره ولوكانا جميعا رهنا بالف فقتل احدهما الاخر فلادفع ولافداءو يبقى القاتل رهنا بسبعمائة وخمسين ولورهن عبدا اودابة فجناية الدابة على العبد هدر وجناية العبد على الدابة معتبرة حسب جناية العبد على عبد آخر (ولومات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين) لان الوصى قائم مقامه (فان لم يكن له وصى نصب القاضى له وصيا وامره) اى الوصى (بذلك) اى بالبيع لان القاضى نصب ناظرا لحقوق المسلين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم وقدتعين النظر فى نصب الوصى ليؤدى ماعليه لغيره و يستوفى حقوقه من غيره ولوكان الدين على الميت فرهن الوصى بعض التركة عند غريم له من غرمائه لم يجز وللآخرين ان يردوه ولولم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن

﴿ فصل ﴾

هذا الفصل كالمسائل المتفرقة التى تذكر فى اواخر الكتب (رهن رجل عصيرا) اى عصير عنب عند رجل (قيمته عشرة) دراهم (بعشرة) دراهم (فتخمر) العصير اى صار خمرا (ثم تخلل) اى صار خلا (وهو) اى والحال انه (يساويها) اى عشرة دراهم (فهو) اى العصير المذكور الذى صار خلا بعد ان صار خمرا (رهن بها) اى بعشرة دراهم لان عقد الرهن لم يبطل بالخمر لان ماصلح محلا للبيع صلح محلا للرهن لان المحلية انما تكون بالمالية فيهما والخمر لايصلح محلا لابتداء البيع و يصلح لبقائه فان من باع عصيرا فتخمر فى يد البايع بقى البيع الا انه يخير فى البيع لتغير وصف المبيع كما لوتعيب فاذا صار خلا فقد زال العارض قبل تقرر حكمه فجعل كأن لم يكن (وان رهنت شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها وهو يساوى درهما فهو رهن به) اى بدرهم لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا بقى بعض المحل يعود الحكم بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لايعود البيع بقدره على ماهو المشهور وان قال بعض المشايخ بعود البيع هذا اذا كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهما وان كانت قيمته يومئذ درهمين كان الجلد رهنا بدرهمين وفى البزازية اشترى خلا بدرهم اوشاة على انها مذبوحة بدرهم رهن به شيئا ثم هلك الرهن فظهر ان الخل خمر والشاة ميتة يهلك مضمونا بخلاف مااذا اشترى خمرا اوخنزيرا اوميتة اوحرا ورهن بالثمن شيئا وهلك عند المرتهن لايضمن لانه باطل وان انتقص الرهن عند المرتهن قدرا اووصفا يسقط

من الدين بقدره بخلاف النقصان بتراجع السعر على ما عرف فلو رهن فروا قيمته ار بعون بعشرة فافسده السوس حتى صارت قيمته عشرة يفتكه الراهن بدرهمين ونصف و يسقط ثلاثة ار باع الدين لان كل ر بع من الفر ومرهون بر بع الدين وقد بقى من الفرو ر بعه فيبقى من الدين ايضا ر بعه (ونماء الرهن كولده ولبنه وصوفه وثمره للراهن) لانه متولد من ملكه فلا يدخل الكسب والهبة والصدقة فى الرهن لانها غير متولدة من الاصل فيأخذ الراهن فى الحال (و يكون رهنا مع الاصل) لانه تبع له والرهن حق متأكد لازم فتسرى الى الولد الا ترى ان الراهن لا يملك ابطاله بخلاف ولد الجارية الجانية حيث لا يسرى حكم الجناية الى الولد ولا يتبع امه فيه (فان هلك) النماء (هلك بلاشىء) لعدم دخوله تحت العقد مقصودا (وان بقى) النماء (وهلك الاصل يفتك) الراهن (بحصته من الدين و يقسم الدين على قيمة الاصل يوم القبض وقيمة النماء يوم الفكاك) لان الرهن يصير مضمونا بالقبض والز يادة تصير مقصودة بالفكاك اذا بقى الى وقته والتبع يقابله شىء اذا صار مقصودا كولد المبيع (فما اصاب الاصل سقط) من الدين لانه يقابله الاصل مقصودا (وما اصاب النماء افتك به) صورته رجل رهن شاة بتسعة دراهم وقيمتها عشرة يوم القبض ثم ولدت ولدا قيمته خمسة دراهم يوم الفك فصارت قيمتهما خمسة عشر والدين يقسم على قيمتهما اثلاثا يصيب ثلثا الدين للام وهو ستة فتسقط و يصيب ثلثه للولد وهو ثلثة لان قيمتهما اثلاث فيلزم الراهن ان يدفع الثلث ثم يأخذ الولد وفى التنو ير ولو اذن الراهن للمرتهن فى اكل زوائد الرهن فاكلها فلا ضمان عليه ولا يسقط شىء من الدين وان لم يفتك الراهن الرهن حتى هلك الرهن فى يد المرتهن قسم الدين على قيمة الز يادة التى اكلها المرتهن وعلى قيمة الاصل فما اصاب الاصل سقط وما اصاب الز يادة اخذه المرتهن من الراهن كما مر وفى الخانية رهن جار ية فارضعت صبيا للمرتهن لم يسقط شىء من دينه بخلاف مالو رهن شاة فشرب المرتهن من لبنها فانه محسوب عليه من الدين (وتصح الز يادة فى الرهن) مثل ان يرهن ثو با بعشرة يساوى عشرة ثم زاد الراهن ثو با آخر فيكون مع الاول رهنا بالعشرة (ولا تصح) الز يادة (فى الدين) مثل ان يقول الراهن اقرضنى خمسمائة اخرى على ان يكون العبد الذى عندك رهنا بالف (فلا يكون الرهن رهنا بها) اى بالز يادة عند الطرفين لان الز يادة فى الدين ترك الاستيثاق وهو يكون منافيا لعقد الرهن ولان الز يادة فى الدين توجب الشيوع فى الرهن وهو غير مشروع فلا يصير الرهن الاول رهنا بالدين الحادث بل يصير كل الرهن بمقابلة الدين

السابق فان هلك العبد الرهن يسقط الدين الاول ويبقى الدين الثانى بلا رهن (خلافا لابى يوسف) فان عنده تجوز الزيادة فى الدين فيسقط بموت العبد الرهن الدينان قياسا على الجانب الآخر ولان الدين فى باب الرهن كالثمن فى البيع والرهن كالمثمن فيجوز الزيادة فيهما كما فى البيع وقال زفر والشافعى لاتجوز الزيادة فى الرهن ولا فى الدين لعدم جوازها فى الثمن والمبيع ثم المراد بقولهم ان الزيادة فى الدين لاتصح ان لايكون رهنا بالزيادة كما انه رهنا باصل الدين واما نفس زيادة الدين على الدين فصحيحة لان الاستدانة بعد الاستدانة قبل قضاء الدين الاول جائز اجماعا (وان رهن عبدا يعدل الفا بالف فدفع مكانه عبدا يعدل لها) اى الالف (فالاول رهن فات قبل الرد يصير مستوفيا لدينه فالعبد الاول رهن كما كان (حتى يرد) المرتهن (الى راهنه والمرتهن امين فى) العبد (الثانى) حتى يجعله مكان الاول (برد الاول) على الراهن ثم يصير الثانى مضمونا لان الاول دخل فى ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلايخرج عن الضمان الابنقض القبض مادام الدين باقيا واذابقى الاول فى ضمانه لايدخل الثانى فى ضمانه لانهما رضيا بدخول احدهما فيه لابدخولهما فاذا رد الاول دخل الثانى فى ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض وقيل لايشترط كما فى الهداية وغيرها لكن فى الخانية رجل رهن عند انسان عبدا بالف درهم ثم جاء الراهن بجارية وقال خذها مكان العبد يصح ذلك اذاقبض انتهى يفهم من هذا انه اذا قبض الرهن الثانى خرج الاول من ان يكون رهنا رد الاول على الراهن اولم يرد (ولو ابرأ المرتهن الراهن عن الدين اووهبه) اى الدين (منه) اى من الراهن (فهلك الرهن) فى يد المرتهن (هلك بلاشئ) استحسانا وقال زفر يضمن قيمة الرهن وهو القياس لان القبض وقع مضمونا فيبقى الضمان مابقى القبض ولنا ان ضمان الرهن باعتبار القبض والدين لانه ضمان استيفاء وذا لا يتحقق الاباعتبار الدين وبالابراء لم يبق احدهما وهو الدين والحكم الثابت بعلة ذات وصفين يزول بزوال احدهما ولهذا لورد الرهن يسقط الضمان لعدم القبض ولو بقى الدين وكذا اذا ابرأ عن الدين يسقط الضمان لعدم الدين وان بقى القبض فاما اذا احدث المرتهن بعد البراءة منعا ثم تلف فى يده ضمن قيمته لان حق المنع لم يبق فصار مايمنع غاصبا فيضمن القيمة وكذا لوارتهنت المرأة رهنا بالصداق وابرأته اووهبته اوارتدت والعياذ بالله قبل الدخول اواختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن فى يدها يهلك بغير شئ فى هذا كله ولم يضمن شيئا لسقوط الدين كما فى الابراء (ولو قبض) المرتهن (دينه اوبعضه منه)

اى من الراهن (او من غيره) كالمتطوع (او شرى به) اى بالدين (عينا) منه او صالح عنه) اى عن الدين (على شئ او احتال به) اى احال الراهن مرتهنه بدينه (على آخر ثم هلك) الرهن فى يد المرتهن (قبل رده) اى الى الراهن (هلك بالدين) لا ن نفس الدين لا يسقط بالاستيفاء ونحوه لما تقرر فى موضعه ان الديون تقضى بامثالها لا بانفسها لكن الاستيفاء يتعذر لعدم الفائدة لا يعقب مطالبة مثله فيفضى الى الدور فاذا هلك الرهن تقرر الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء الثانى لئلا يتكرر الاستيفاء (ويرد ماقبض الى من قبض منه) هذا فى صورة ايفاء الراهن او المتطوع او الشراء او الصلح وتبطل الحوالة و يهلك الرهن بالدين اذ بالحوالة لا يسقط الدين ولكن ذمة المحتال عليه تقوم مقام ذمة المحيل ولذا يعود الى ذمة المحيل اذا مات المحتال عليه مفلسا (وكذا) اى كما يهلك الرهن بالدين فى الصورة المذكورة يهلك به ايضا (لو تصادقا على عدم الدين ثم هلك) الرهن (هلك بالدين) لان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند توهم الوجود كما فى الدين الموجود وقد بقيت الجهة لاحتمال ان يتصادقا على قيام الدين بعد تصادقهما على عدم الدين بخلاف الابراء لان الابراء يسقط الدين اصلا و بالاستيفاء لا يسقط الدين بل يثبت لكل واحد منهما على الآخر فيتعذر الاستيفاء لما مر من عدم الفائدة وفى الكافى اذا تصادقا على ان لا دين بقى ضمان الرهن اذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن لان الدين كان واجبا ظاهرا حين هلك الرهن ووجوب الدين ظاهرا يكفى لضمان الرهن فصار مستوفيا فاما اذا تصادقا على ان لا دين والرهن قائم ثم هلك الرهن فان هناك يهلك امانة لان بتصادقهما ينتفى الدين من الاصل فضمان الرهن لا يبقى بدون الدين وذكر شيخ الاسلام الاسبيجابى انهما اذا تصادقا قبل الهلاك ثم هلك الرهن اختلف مشايخنا فيه والصواب انه لا يهلك مضمونا وفى التنوير كل حكم عرف فى الرهن الصحيح فهو الحكم فى الرهن الفاسد وفى كل موضع كان الرهن مالا والمقابل به مضمونا الا انه فقد بعض شرائط الجواز ينعقد الرهن بصفة الفساد وفى كل موضع لم يكن كذلك لا ينعقد الرهن اصلا فاذا هلك هلك بغير شئ وتمامه فى المنح فليطالع

كتاب الجنايات

اورد الجنايات عقيب الرهن لان الرهن لصيانة المال وحكم الجناية لصيانة الانفس ولما كان المال وسيلة لبقاء النفس قدم الرهن على الجنايات لان الوسائل تقدم على المقاصد كما فى اكثر الشروح وقال فى غاية البيان ولكن قدم الرهن لانه مشروع بالكتاب والسنة بخلاف الجناية فانها محظورة عما ليس للانسان فعله

انتهى

انتهى واورد عليه ان هذا التعليل ليس بشئ لان المق بالبيان فى كتاب الجنايات انما هو احكام الجنايات دون انفسها ولا شك ان احكامها مشروعة ثابتة بالكتاب والسنة فلا وجه لتأخيرها من هذه الحيثية ويمكن الجواب عنه بان كلا من الرهن والجناية من افعال المكلفين و يجب فى كل منهما عما يتعلق بفعل المكلف من الاحكام الخمسة وشك فى جواز الرهن وحظر الجناية ويكفى هذا القدر فى تقديمه عليها كما لا يخفى والجناية فى اللغة اسم لما يجنيه اى يكسبه المرء من شر تسمية للمفعول بالمصدر من جنى عليه جناية ثم خص فى العرف بما يحرم من الفعل سواء كان فى نفس او مال وفى عرف الفقهاء بما حرم فعله فى نفس او طرف والاول يسمى قتلا وانواعه خمسة عمد وخطاء وجار مجرى الخطاء والقتل بسبب كما سيأتى تفصيله والثانى يسمى جناية فيما دون النفس وشرع القصاص لما فيه من معنى الحيوة شرعا كما قال تعالى ولكم فى القصاص حيوة والفرق بين هذه وبين قول العرب القتل انفى للقتل بلا غة وفصاحة مبين فى كتب البيان بما لامزيد عليه ثم شرع فى بيان احكام القتل فقال (القتل اما عمد) موجب للضمان احتراز عن نحو قتل قطاع الطريق والحربى والمرتد (وهو ان يقصد ضربه)اى ضرب القاتل المكلف ما يحرم ضربه كما هو المتبادر (بما يفرق الاجزاء) من سلاح اعد للحرب (او محدد من حجر او خشب اوليطة اوحرقة بنار) اقول انما شرط فى الآلة ما ذكر لان العمد هو القصد وهو من اعمال القلب لا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال ما ذكر من الآلات فاقيم الدليل مقام المدلول هذا عند الامام (وعندهما) وفاقا للشافعى (بما يقتل غالبا) حتى لو ضربه بحجر عظيم او خشبة عظيمة فهو عمد وقوله اوليطة بكسر اللام قشر القصب والاحراق بالنار من القتل العمد الموجب للقصاص لان النار من المفرقات للاجزاء كما فى الاتقان وقال فى الكفاية الاترى انها تعمل عمل الحديد حتى انها اى النار اذا وضعت فى المذبح فقطعت ما يجب قطعه فى الذكوة وسال بها الدم حل وان انجمد ولم يسل الدم لا يحل انتهى وفى الخانية ان الجرح لا يشترط فى الحديد وما يشبهه كالنحاس وغيره فى ظاهر الرواية انتهى وفى الخلاصة رجل ضرب رجلا بمرقتله فان اصابته الحديدة قتل به عند الكل وان اصابه بظهره ولم يجرحه فعندهما لاشك انه يجب القصاص وكذا عند الامام فى ظاهر الرواية وفى رواية الطحاوى عنه انه لا يجب فعلى هذه الرواية يعتبر الجرح سواء كان حديدا او عودا او حجرا بعد ان يكون آلة يقصد بها الجرح وقال صدر الشهيد والاصح ان المعتبر عده الجرح وكذا سنجات الميزان من الحديد وقال رجل احمى تنورا ورمى فيه انسانا او القاه

فى نار لايستطيع الخروج منها عليه القصاص بمنزلة السلاح وكذا كل مالايثبت عادة كالسلاح الا انه لايجعل النار كالسلاح فى حكم الذكوة حتى لو توقدت النار على المذبح وانقطع بها العروق لايحل اكله انتهى لكن قال فى البزازية ان النار تعمل فى الحيوان عمل الذكوة حتى لو قذف النار فى المذبح فاحترق العروق يؤكل انتهى وهذا موافق لما قدمناه عن الكفاية ويحمل على ما اذا سال بها الدم وبه يحصل التوفيق بين كلامى صاحب الخلاصة والبزازية (وموجبه) اى القتل العمد (الاثم) لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم وفى الحديث سباب المسلم فسق وقتاله كفر وقال عليه السلام لزوال الدنيا اهون على الله تعالى من قتل امرئ مسلم وعليه انعقد الاجماع (والقصاص عينا) نصب على الحال من القصاص اى حال كونه متعينا خلافا للشافعى فانه قال لايتعين القصاص بل الولى مخير بينه وبين اخذ الدية لقوله عليه السلام من قتل له قتيل فهو بخير النظرين اما ان يقتل واما يؤدى ولنا قوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى الآية وقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس والمراد به القتل العمد وما اورده من الحديث فعلى تقدير صحته لايجوز به الزيادة على النص لانه نسخ والى ذلك اشار ابن عباس رضى الله تعالى عنهما بقوله العمد قود لامال فيه ولان المال لايصلح موجبا لعدم المماثلة بينه وبين الآدمى صورة ومعنى اذ الآدمى خلق مكرما لقوله تعالى ولقد كرمنا بنى آدم ليشتغل بالطاعات والعبادات والمال خلق لاقامة مصالحه ومبتذلا فى حوايجه فلا يصلح جابرا وقائما مقامه الا ان الصلح على مال يجوز بالتراضى سواء كان باقل من الدية او اكثر منها (الا ان يعفى) على صيغة المجهول اى الا ان يعفو ولى القصاص اويصالحه على شئ من ماله كما مر آنفا والعفو افضل (ولا كفارة فيه) لانها فيما كان دائرا بين الحظر والاباحة والقتل كبيرة محضة لاتليق ان تكون الكفارة ساترة له لوجود معنى العبادة فيها لقوله عليه السلام خمس من الكبائر لا كفارة فيهن منها قتل النفس بعمد وعند الشافعى عليه الكفارة كما فى الخطاء مراعاة لحق الله تعالى فى العبد (وماشبه عمد وهو ضربه) اى القاتل (قصدا بغير ماذكر) فى العمد مما لايفرق الاجزاء كالشجر مطلقا والحجر ايضا ان كانا غير محددين والسوط واليد هذا عند الامام خلافا لغيره فى الثقيل العظيم على مامر فى القتل العمد لان شبه العمد عند الغير ضرب القاتل بآلة لايقتل مثلها غالبا كالعصا والحجر الصغير والسوط (واليد وموجبه) اى شبه العمد (الاثم) لقصد ماهو محرم شرعا ولقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها فان قيل ان المدعى عام للمؤمن

والـذمى والدليل خاص بالمؤ من قلنا ان موجبها في المؤمن ثبت بعبارة النص وفي الذمى بدلالته لتحقق المساواة في العصمة لايقال ان الآية دليل للمعتزلة على خلود مرتكب الكبيرة في النار لانانقول ذلك في المستحل اويراد بالخلود طول المكث اويراد بها الوعيد الشديد تنبيها على عظم تلك الجناية (والكفارة) على القاتل لانه خطأ نظرا الى الآلة فيدخل في قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ الآية (والدية المغلظة على العاقلة) الناصرة للقاتل اما وجوبها فلقوله عليه السلام الا ان قتيل خطاء العمد قتيل السوط والعصا والحجر فيه دية مغلظة مائة من الابل الحديث واما كون الوجوب على العاقلة فلانه خطاء من وجه فيكون معذورا فيتحقق التخفيف لذلك ولانها تجب بنفس القتل فتجب على العاقلة كما في الخطاء وتجب في ثلاث سنين لقضية عمر رضى الله تعالى عنه وهو ماروى عنه رضى الله تعالى عنه انه قضى بالدية على العاقلة في ثلاث سنين والمروى عنه كالمروى عن رسول الله عليه السلام لانه مما لايعرف بالرأى (لاالقود) عطف على الدية اى ليس فيه قود لشبهه بالخطاء (وهو) اى شبه العمد (فيما دون النفس) من الاطراف (عمد) باعتبار الضرب والاتلاف جميعا يعنى اذاجرح عضوا بآلة جارحة وجب فيه القصاص ان كان مما يراعى فيه المماثلة وليس فيما دون النفس شبه العمد كما كان في النفس لان اتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة ومادون النفس ليس كذلك لماروى عن انس ابن مالك رضى الله تعالى عنه ان عمة الربيع لطمت جارية فكسرت ثنيتها فطلبوا منهم العفو فابوا والارش فابوا الاالقصاص فاختصموا الى رسول الله عليه السلام فامر بالقصاص فقال انس بن نضر اتكسر ثنية عمة الربيع والذى بعثك نبيا بالحق لاتكسر ثنيتها فقال رسول الله عليه السلام ياانس كتاب الله القصاص فرضى القوم وعفوا وطلبوا الارش فقال عليه السلام ان من عباد الله من لواقسم على الله لابره ووجه دلالته على مانحن فيه ان اللطمة لواتت على النفس لاتوجب القصاص ورأيناها فيمادون النفس قد اوجبته بحكمه عليه السلام انه ما كان في النفس شبه عمد هو عمد فيمادونها ولايتصور ان تكون فيه شبه عمد كما في التبيين (واماخطاء) عطف على قوله اماعمد اوشبه عمد (وهو) اى الخطاء قسمان اماخطاء (في القصد بان يرمى شخصا ظنه صيدا) فاذا هو آدمى (او) يرمى بظنه (حربيا فاذا هو آدمى معصوم الدم) وانما سمى خطأ في القصد اى في الظن حيث ظن الآدمى صيدا والمسلم حربيا واما الخطأ في الفعل فقد بينه بقوله (اوفي الفعل بان يرمى غرضا فيصيب آدميا) فانه خطاء في الفعل لاالقصد فيكون معذورا لاختلاف المحل بخلاف مالو تعمد ضرب موضع في جسده

فاصاب موضعا منه آخر فات حيث يجب القصاص اذجميع البدن محل واحد فيما يرجع الى مقصوده فلايعذر بخلاف ما اذا اراد يد رجل فاصاب عنق غيره وابانه فهو خطاء كما فى العناية اما لو اراد ان يضرب يد رجل بالسيف فاخطاء فاصاب عنقه فبان رأسه فهو عمد فى المنح قال فى البدايع والخطاء قديكون فى نفس الفعل وقديكون فى ظن الفاعل اما الاول فهو ان يقصد صيدا فيصيب آدميا وان يقصد رجلا فيصيب غيره وان قصد عضوا من رجل فاصاب عضوا آخر منه فهذا عمد وليس بخطاء واما الثانى فهو ان يرمى الى انسان على ظن انه حر بى اومرتد فاذا هو مسلم انتهى (واما ماجرى مجرى الخطاء كنائم انقلب على غيره فقتله) فحكمه حكم الخطاء وليس بخطاء حقيقة لعدم قصد النائم الى شئ حتى يصير مخطئا لمقصوده ولما وجد فعل حقيقة وجب عليه ما اتلفه كفعل الطفل فجعل كالخطاء لانه معذور كالمخطئ (موجبهما) اى الخطاء مطلقا وما اجرى مجراه (الكفارة والدية على العاقلة) لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله وقد قضى به عمر رضى الله تعالى عنه فى ثلاث سنين بمحضر من الصحابة رضوان الله تعالى عليهم فصار اجماعا (واما قتل بسبب) اى بكونه سببا للقتل (وهو) اى القتل بسبب (نحو ان يحفر بئرا او يضع حجرا فى غير ملكه بلااذن) من له الاذن وهو قيد للمتعاطفين (فيهلك به انسان) نبه بقوله فى غير ملكه على انه لو فعله فى ملكه لايضمن ماتلف به لانه مأذون فى فعله فلم يكن متعديا فيه ومما ينبغى ان يعلم انه اذا مشى الهالك عليه بعد علمه بالحفر فانه لايلزم على الحافر شئ (وموجبه) اى كل واحد من الحفر ووضع الحجر (الدية على العاقلة) لانه سبب التلف وهو متعد فيه بالحفر ووضع الحجر فجعل كالمباشر للقتل فيجب فيه الدية صيانة للانفس فتكون على العاقلة لان القتل بهذا الطريق دون القتل بالخطاء فيكون معذورا فيجب على العاقلة تخفيفا عنه لافى الخطاء بل اولى لعدم القتل منه مباشرة ولهذا قال (لا) تجب (الكفارة فيه) وفى المجتبى وفيه ذنب الحفر والوضع فى غير ملكه دون ذنب القتل قالوا ولااثم فيه معناه لا اثم فيه اثم القتل دون اثم الحفر والوضع (وكلها) اى ماذكر من انواع القتل كالعمد وشبهه والخطاء (توجب حرمان الارث الاهذا) اى الا القتل بسبب فانه لايوجب حرمان الارث كما لايوجب الكفارة وقال الشافعى هو ملحق بالخطاء فى الاحكام

باب مايوجب القصاص ومالايوجبه

لما فرغ من بيان اقسام القتل وكان من جملتها العمد وهو قديوجب القصاص

وقد

وقد لايوجبه احتاج الى تفصيل ذلك في باب على حدة فقال (يجب القصاص بقتل من هو محقون الدم على التأبيد) قوله على التأبيد صفة لموصوف محذوف تقديره حقنا واحترز به عن المستأمن فان في قتله شبهة الاباحة بالعود الى دار الحرب فلا يكون محقون الدم على التأبيد وقوله (عمدا) قيد للقتل اى قتل عمد فهو منصوب على انه مفعول مطلق لبيان النوع واحترز به عن القتل الغير العمد فانه لايجب فيه القصاص (فيقتل الحر بالحر) لكمال المماثلة (و) يقتل (بالعبد) لقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس وقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الآية ولقوله عليه السلام العمد قود ولان القود يعتمد على المساواة في العصمة وهي اما في الدين او الدار ولان التخصيص بالذكر في قوله تعالى الحر با لحر والعبد بالعبد لاينفي ماعداه مع ان اللام لتعريف العهد لالتعريف الجنس على ماقاله ابن عباس رضي الله تعالى عنهما في سبب نزول هذه الآية وعند الشافعي لايقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد وانت خبير بان حمل اللام في قوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد على العهد كما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما في سبب النزول يحسم مادة الاستدلال بها رأسا لان مبنى استدلال الشافعي على حمل اللام للجنس وليس كذلك (والمسلم بالذمى) لعمومات الكتاب والسنة ولما روى انه عليه السلام قتل مسلما بذمى وانما اعطوا الجزية لتكون اموالهم كاموالنا ودماؤهم كدمائنا خلافا للشافعي لقوله عليه السلام لايقتل مؤمن بكافر ولانه لامساواة بينهما وقت الجناية وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة ولنا ان المساواة في العصمة ثابتة نظرا الى التكليف اوالدار والمبيح كفر المحارب دون المسالم والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة والمراد بما رواه الحربي لسياقه ولاذو عهد في عهده والعطف للمغايرة كما في الهداية (ولايقتلان) اى اى المسلم والذمى (بمستأمن) لانه غير معصوم الدم على التأبيد كما مر (بل) يقتل (المستأمن بمثله) للمساواة بينهما وهو القياس وفي الاستحسان ان لايقتل لقيام مبيح القتل فيه وفي المنح وينبغي ان يعول على الاستحسان لتصريحهم بان العمل على الاستحسان الا في مسائل مضبوطة يعمل فيها بالقياس ليست هذه المسئلة منها وقد اقتصر مولى خسرو في مختصره على القياس انتهى (و) يقتل (الذكر بالانثى) وفي النهاية وذكر صاحب الكشاف في تفسير قوله تعالى والانثى بالانثى قال مالك والشافعي لايقتل الذكر بالانثى لكن هذا مخالف لعامة كتب الشافعي ومالك (و) يقتل (العاقل بالمجنون) لابعكسه (و) يقتل (البالغ بغيره) اى غير البالغ لابعكسه ايضا (و) يقتل (الصحيح بغيره)

اى بغير الصحيح كالاعمى والزمن (و) يقتل (كامل الاطراف بناقصها) اى بناقص الاطراف للعمومات المذكورة (و) يقتل (الفرع باصله) وان علا لعدم المسقط (لا) يقتل (الاصل بفرعه) لقوله عليه السلام لايقاد الوالد بولده فالوالد يتناول الجد من قبل الاب والام وان علا والوالدة والجدة من طرف الاب والام وان علت وهو باطلاقه حجة على مالك فى قوله يقاد اذا ذبحه ذبحا ولانه سبب لاحيائه فمن المحال ان يستحق له افناؤه ولهذا لايجوز له قتله وان وجده فى صف الاعداء مقاتلا اوزانيا وهو محصن والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه الوارث كافى الهداية (بل تجب الدية فى مال) الاب (القاتل) لانه قتل ابنه عمدا والعاقلة لاتعقل العمد (فى ثلاث سنين) وقال الشافعى تجب فى الحال لان التأجيل كاف للتخفيف فى حق الخاطئ وهذا عامد فلايستحقه ولنا ان المال ليس بمماثل للنفس فكان القياس ان لايكون بدلا عنها الا ان الشرع ورد به مؤجلا فلايعدل عنه (ولا) يقتل (السيد بعبده اومدبره اومكاتبه) لانه لووجب القصاص لوجب له كما لوقتله غيره ولايجوز ان يجب له على نفسه قصاص (وعبد ولده) اى لايقتل الوالد بقتله عبد ولده لان الولد لايستوجب القصاص على الاب (وعبد بعضه له) اى ولايقتل المولى بقتل عبد بعضه له و بعضه لآخر لان القصاص لايتجزى فاذا سقط فى البعض يسقط فى الكل (وان ورث قصاصا على ابيه) بان قتل الاب ام ابنه اوقتل الاب اخا لامرأته ثم ماتت امرأته قبل ان تقتص منه فان ابنها منه يرث القصاص الذى لها على ابيه (سقط) القصاص لحرمة الابوة (ولاقصاص على شريك الاب او المولى اوشريك المخطئ او) شريك (الصبى او) شريك (المجنون او) شريك (كل من لايجب القصاص بقتله) كشريك الجد والام وغيرهما لما مر من انه اذا سقط فى البعض لاجل انه ملك البعض سقط فى الكل لعدم التجزى (وان قتل عبد الرهن لايقتص حتى يحضر الراهن والمرتهن) لان المرتهن لاملك له فلا يلى القصاص والراهن لوتولاه يبطل حق المرتهن فى الرهن فشرط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه وقيل لايثبت القصاص لهما وان اجتمعا وقيد باجتماعهما حتى لواختلفا فلهما القيمة يكون رهنا مكانه (وان قتل مكاتب عن وفاء وله) اى للمكاتب (وارث مع سيده قصاص) لان الصحابة رضى الله تعالى عنهم اختلفوا فى موته حرا ورقا فعلى الاول الولى هو الوارث وعلى الثانى المولى فاشتبه من له حق القصاص فارتفع (وان لم يكن له وفاء يقتص سيده) بالاجماع سواء كان مع السيد وارث اولا لانه مات عبدا بلا ريب لانفساخ الكتابة بموته عاجزا فيقتص المولى (وكذا) يقتص المولى (ان كان له ولاء ولاوارث له غير سيده)

اى المكاتب عند الشيخين لان حق الاستيفاء للمولى يتعين لانعدام الوارث وتعدد السبب لايقتضى تعدد الحكم ولايؤدى الى المنازعة لاتحاد الحكم للمولى (خلافا لمحمد)فان عنده لايقتص المولى لانه لايستوفى لاشتباه سبب الاستيفاء وهو الولاء ان مات حرا او الملك ان مات عبدا (ولاقصاص الابالسيف)سواء قتله به او بغيره لقوله عليه السلام لاقود الابالسيف والمراد به السلاح وقوله عليه السلام لاتعذبوا عباد الله وقال الشافعي يفعل بالقاتل مثل مافعل ان كان فعلا مشروعا فان مات فيها والاتحز رقبته لان مبنى القصاص على المساواة والفعل المشروع كالرجم وهو فى الجملة مشروع وغير المشروع كوطئ الصغيرة واللواطة بالصغير لواجرع احدا خمرا حتى قتله اختلف اصحاب الشافعى فيه قال بعضهم تحز رقبته ولايفعل به مثله واما القتل بحجر مشروع فى الرجم فجاز ان يقتل به وقال بعضهم يتخذله مثل آلته من الخشب ويفعل به مثل مافعل وفى الخمر يجرع الماء حتى يموت (ولاب المعتوه ان يقتص من قاطع يده)اى المعتوه (وقاتل قريبه)يعنى اذا قطع رجل يد المعتوه عمدا اوقتل قريبه كولده فولى المعتوه يعنى اباه يقتص من جانب المعتوه لانه من الولاية على النفس شرع لامر راجع الى النفس وهى تشفى الصدر فيليه كالانكاح (وان يصالح)اى لاب المعتوه ان يصالح القاطع على مال قدر الدية او اكثر لانه انظر فى حق المعتوه ولو صالح على اقل منه لايجوز فجب دية كاملة (لاان يعفو)اى ليس له ولاية العفو لانه ابطال لحقه بلاعوض (والصبى كالمعتوه)لان كل مايثبت من الاحكام المذكورة لاب المعتوه يثبت لاب الصبى (والقاضى كالاب فى الصحيح) عند عدم الاب فى الاحكام المذكورة لانه نائب من السلطان والسلطان يقتص من قاتل القتيل الذى لاولى له كذا يقتصه النائب وقوله فى الصحيح احتراز عماروى عن محمد ان القاضى لايستوفى القصاص للصغير لافى النفس ولافيمادون النفس ولاان يصالح كذا فى الخانية وفى النهاية قال ابو يوسف ليس للسلطان ان يقتص اذا كان المقتول من اهل دار الاسلام كاللقيط كما ليس له ان يعفو بغير مال لان الحق للمسلمين وقلنا للسلطان ولنائبه ولاية عامة فيلى الاستيفاء (وكذا الوصى) اى هو كالاب فى جميع ذلك (الا انه لايقتص فى النفس)لانه ليس له ولاية على نفسه حتى لايملك تزويجه ويدخل تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص فى الطرف لانه لم يستثن الا القود فى النفس وفى كتاب الصلح ان الوصى لايملك الصلح لانه تصرف فى النفس بالاعتياض عنه فينزل منزلة الاستيفاء ووجه المذكور هنا ان المق من الصلح المال وانه يجب بعقده كما يجب بعقد الاب بخلاف القصاص لان المق منه التشفى وهو مختص بالاب ولايملك العفو لان الاب

لايملكه لمافيه من الا بطال فهو اولى قالوا القياس ان لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف كما لا يملكه في النفس لان الحق متحد وهو التشفي وفي الاستحسان يملكه لان الا طراف يسلك بها مسلك الا موال فانها خلقت وقاية للا نفس كالمال كذا في الهداية (ومن قتل وله اولياء كبار وصغار) بان كان للمقتول بنون صغار وكبار اواخوة صغار وكبار (فللكبار الاقتصاص من قاتله قبل كبر الصغار) عند الامام لا نه حق ثابت لكل منهم على الكمال فيجوز على الانفراد واحتمال العفو من الصغير منقطع كما في ولاية الانكاح بخلاف الكبيرين لا ن احتمال العفو من الغائب ثابت (خلا فا لهما) لان الحق مشترك بينهم فلاينفرد بعضهم باستيفائه وبه قال الشافعي واحد في رواية (ولو غاب احد الكبار ينتظر) حضوره (اجماعا) لما بينا من احتمال العفو من الكبير الغائب (ومن قتل بحديدة المراقتص منه ان جرحه) لانه سبب ظاهر للجرح (وان) قتل (بظهره) اى بظهر المر (اوعصاه فلا) يقتص لكونه غير جارح (وعليه الدية) عند الامام (وعندهما يقتص) وهو رواية عن الامام اعتبارا منه للآلة وهو الحديد وعنه انما يجب اذا جرح وهو الاصح وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان كما في الهداية (وكذا الخلاف في كل مثقل) ان كان مما لا يطيقه الا نسان (وفي التغريق والخنق) يعني لا يقتص عند ابي حنيفة خلا فا لهما لوجود القتل بغير حق وهو مذهب الشافعي وله ان القصاص يتعلق بالعمد المحض وهو ان يقتل بآلة جارحة تعمل في نقض البنية ظاهرا وباطنا ولم يوجد والقود يستوفى بالسيف وفيه جرح الظاهر والباطن فلا يتماثلان وكذا لا يقتص في القتل بتغريق ان كان الماء كثيرا بحيث لا يمكنه النجاة بالسباحة كالبحر خلافا لهما وهو قول الشافعي فعنده يغرق ان كان كثيرا يمكنه النجاة بالسباحة فهو شبه العمد عندنا وان كان قليلا لا يقتل به غالبا فلايقتص فيه بالاتفاق كما في شرح الوقاية لا بن الشيخ وفي المنح وان سبح ساعة فلا دية فيه وان القاه من سطح اوجبل اوبئر و يرجى نجاته غالبا فهو خطأ العمد والا فعلى الخلاف ولو اوجرعه سما كرها اوناوله واكرهه على شربه فلاقود فيه والدية على عاقلته وقيل هو على الخلاف المعروف اذا كان السم مقدارما يقتل غالبا وان ناوله فشرب من غير اكراه فلاقصاص فيه ولادية علم الشارب به اولم يعلم ولو ادخله بيتا فمات فيه جوعا لم يضمن شيئا عند الامام وعندهما تجب الدية ولو دفنه حيا فمات يقاد به (وان تكرر به القتل) بالمثقل والتعريق والخنق (منه) اى من القاتل (قتل به) اى بالقتل المكرر (اجماعا) لكن قال صاحب الاختيار وان تكرر منه ذلك فللامام قتله سياسة لانه سعى في الارض

بالعساد (ولاقصاص فى القتل بموالاة ضرب السوط) وقال الشافعى فيه القصاص لان الموالاة فى ضرب السوط الى ان مات دليل العمدية فتحقق موجب العمد وهو القصاص ولنا ماروى الا ان قتيل خطاء العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولان هذه الآلة غير موضوعة للقتل (ومن جرح) اى عمدا (فلم يزل ذافراش حتى مات اقتص من جارحه) لوجود السبب وعدم مايبطل حكمه فى الظاهر فاضيف اليه كما فى الهداية (واذا التقى الصفان من المسلمين واهل الحرب فقتل مسلم مسلما ظنه حربيا فعليه الدية والكفارة لا القصاص) لان هذا احد نوعى الخطاء والخطاء بنوعيه لا يوجب القود ويوجب الكفارة وكذا الدية على مانطق به نص الكتاب ولما اختلفت سيوف المسلمين على يمان ابى حذيفة قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية قالوا انما تجب اذا كانوا مختلطين فان كان فى صف المشركين لا يجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال عليه السلام من كثر سواد قوم فهو منهم (ومن مات بفعل نفسه وز يد وحية واسد) يعنى من شج نفسه وشجه رجل وعقره اسد واصابته حية فمات من ذلك (فعلى زيد ثلث ديته) لان فعل الاسد والحية جنس واحد لكونه هدرا فى الدنيا والآخرة وفعله بنفسه جنس آخر لكونه هدرا فى الدنيا معتبرا فى الآخرة حتى يأثم به بالاتفاق ولا يصلى عليه عند ابى يوسف ويغسل فقط وفعل زيد معتبر فى الدنيا والآخرة فصارت ثلاثة اجناس ويوزع دية النفس اثلاثا فيكون التلف بفعل زيد ثلثها فعليه ثلث الدية فى ماله لانه عمد والعاقلة لا تعقل فيه يفهم من هذا الكلام ان يكون المقتول عاقلا بالغا والا يلحق فعله بفعل الاسد والحية فيكون فعله هدرا كفعلهما وكذا يفهم ان لا يتفاوت فى جانب الاسد والحية زيادة من وطئ فرسه حيث يكون فعل هذه الثلاثة جنسا واحدا لكونه هدرا مطلقا ايضا حتى لا ينقص بانضمام الفرس اليهما عن الثلث الواجب على زيد (ومن شهر على المسلمين سيفا وجب قتله) لقوله عليه السلام من شهر على المسلمين سيفا فقد احل دمه اى اهدره ولان دفع الضرر واجب فوجب عليهم قتله اذا لم يمكن دفعه الا به ولا شئ بقتله لانه باغ سقطت عصمته ببغيه فلم يلزم على القاتل قصاص ولا دية ولا كفارة ولا يختلف بين ان يكون بالليل او بالنهار فى مصر او غيره (ولا شئ فى قتل من شهر على آخر سلاحا ليلا او نهارا فى مصر او غيره او شهر عليه عصا ليلا فى مصر او نهارا فى غيره فقتله المشهور عليه) لان السلاح لا يلبث فيحتاج الى دفعه بالقتل فلا يختلف الحكم فيه بالنهار او الليل او المصر او غيره هذا فى السلاح واما العصا فكالسلاح ان كانت خارج المصر لا فرق فيها بين الليل والنهار لانه لا يلحقه الغوث حينئذ

فكان له دفعه بالقتل بخلاف ما اذا كان فى المصر فجواز الدفع بالقتل مشروط بان يكون بالليل اما اذا كانت العصا فى المصر نهارا فلا يجوز له الدفع بالقتل كما سيأتى فى المتن (ولا) شيء (على من) اى شخص (قتل) اى ذلك الشخص (من) اى شخصا آخر (سرق متاعه ليلا واخرجه ان لم يمكنه الاسترداد بدون القتل) لقوله عليه السلام قاتل دون مالك ولانه يباح له القتل دفعا فى الابتداء فكذا استردادا فى الانتهاء وهذا اذا كان لا يتمكن من الاسترداد الا بالقتل كما فى الهداية وغيرها اما اذا امكن الاسترداد بدون القتل كالتهديد والصياح وقتله مع ذلك يجب عليه القصاص لانه قتله بغير حق وهو بمنزلة المغصوب منه اذا قتل الغاصب حيث يجب عليه القصاص لانه يقدر على دفعه بالاستعانة من المسلمين والحاكم فلا تسقط عصمته بخلاف السارق الذى لا يندفع الا بالقتل كذا فى الزيلعى وشرط الاخراج لانه مالم يخرج المتاع لم يكن سارقا والذى فى اكثر الكتب انه اذ قصد الاخذ ولا يتمكن من دفعه الا بالقتل فلا شيء بقتله وعلى هذا لا فرق بين القتل بعد الاخراج او قبل الاخراج حيث انه فى الصورتين ان امكن الدفع او الاسترداد بدون القتل لا يقتل وان لم يمكن يجوز له القتل فلا فائدة يعتد بها ح بقيد الاخراج فتأمل (و يجب القصاص على قاتل من شهر عصا نهارا فى مصر) لانه يلبث فيمكن ان يلحقه الغوث و يفرق بين العصا التى تلبث والتى لا تلبث بالصغر والكبر فعند الامامين العصا التى لا تلبث مثل السلاح فى الحكم حيث لم يفرق فيها بين الليل والنهار والمصر وغيره (او شهر سيفا وضرب به ولم يقتل ورجع) عطف على قوله شهر عصا يعنى يجب القصاص اذا شهر رجل على رجل سلاحا فضربه الشاهر ولم يقتله وانصرف ثم ان المشهور عليه ضرب الشاهر فقتله لعصمة دم الشاهر بالانصراف لان هدر دمه كان باعتبار شهره وضربه فاذا انصرف عن ذلك عاد الى ما كان عليه من العصمة فيقتص من قاتله لانه قتل رجلا معصوم الدم (ولو شهر مجنون او صبى على آخر سيفا فقتله الآخر عمدا فعليه الدية فى ماله ولو قتل جملا صال عليه ضمن قيمته) وعن ابى يوسف لا تجب الدية فى الصبى والمجنون و يجب الضمان فى الدابة وقال الشافعى لا يجب فى الكل لانه قتله دفعا عن نفسه ولنا ان الفعل من هذه الاشياء غير متصف بالحرمة فلم يقع بغيا فلا تسقط العصمة به لعدم الاختيار الصحيح ولهذا لا يجب القصاص على الصبى والمجنون بقتلهما ولا الضمان بفعل الدابة واذا لم يسقط كان قضيته ان يجب القصاص لانه قتل نفسا معصومة الا انه لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فيجب الدية فى الآدمى والقيمة فى الدابة

باب

باب القصاص فيما دون النفس

لما فرغ من بيان القصاص في النفس شرع في بيان القصاص فيما دون النفس اذ الجزء يتبع الكل (هو) اى القصاص فيما دون النفس (فيما يمكن فيه) الضمير في فيه يرجع الى ما وهى نكرة موصوفة عبارة عن فعل الجناية (حفظ المماثلة) وكل ما امكن رعايتهما فيه يجب القصاص ومالا فلا (اذا كان عمدا فيقتص بقطع اليد من المفصل) لا فيما اذا قطع من نصف الساعد حيث لايمكن فيه رعاية المماثلة كما سيأتى (وان) وصلية (كانت اكبر من يد المقطوع) لان منفعة اليد لاتختلف بذلك وانما اعتبر الكبر والصغر فى شجة الرأس اذا استوعبت رأس المشجوج وكان رأس الشاج اكبر من رأسه لعدم المماثلة بينهما اذ المعتبر فى ذلك هو الشين دون المنفعة بخلاف قطع اليد فان الشين فيه لايختلف ولهذا خير بين الاقتصاص واخذ الارش (وكذا الرجل) اذا قطعت من المفصل للمماثلة لا من نصف الساق حيث لايمكن المماثلة ايضا كما سيأتى (وكذا فى مارن الانف وفى الاذن) اذا قطعا عمدا فيقتص من القاطع لا فى قصبة الانف لعدم امكان رعاية المماثلة (و) كذا يقتص (فى العين ان ذهب ضوءها) بضرب اوغيره (وهى قائمة) اى والحال ان العين قائمة وقوله بضرب اوغيره اى بحيث لم تدمع اذا كانت مفتوحة مقابلة للشمس اولم تهرب من الحية اوقال ذلك طبيبان وفيه رمز الى انه لو ابيض بعض الناظرة او اصابها قرحة او سيل اوشئ مما يقبح بالعين ليس فيه قصاص بل حكومة عدل والى انه لو ذهب بياضه ثم ابصر لم يكن عليه شئ قالوا وهذا اذا صار كما كان واما اذا عاد دون ذلك ففيه حكومة عدل والى انه اذا كان عين المجنى عليه اكبر من عين الجانى او اصغر فهو سواء وكذا اليدان والرجلان وكذا اصبعهما ويؤخذ ابهام اليمنى باليمنى والسبابة بالسبابة والوسطى بالوسطى ولايؤخذ شئ من الاعضاء اليمنى الا باليمنى ولا اليسرى الا باليسرى فالحاصل انه لايؤخذ شئ من الاعضاء الا بمثله من القاطع ومن قطع يدا طرفها مسود اوبها جراحة لايوجب نقصان دية اليد يجب القصاص كما فى المنح (لا) يقتص (ان قلعت العين وذهب نورها) اذ رعاية المماثلة فى القلع والانخساف غير ممكن (فيجعل على الوجه قطن رطب وتقابل العين بمرآة محماة حتى يذهب ضوءها) وانما جعل هذا الوجه لصيانة الوجه والعين الاخرى عن الضرر (و) يقتص (فى كل شجة تراعى فيها المماثلة كالموضحة) وهى ان يظهر العظم كما سيأتى (ولا قصاص فى عظم سوى السن) لتعذر استيفاء المثل لانه يحتمل الزيادة والنقصان ولقوله عليه السلام

لاقصاص فى العظم وقال عمر وابن مسعود رضى الله تعالى عنهما لاقصاص فى عظم الافى السن وهو المراد بالحديث فان كان السن عظما فالاستثناء متصل وان كان غير عظم فنقطع وقد اختلف الاطباء فى ذلك فنهم من قال هو طرف عصب يابس لانه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة ومنهم من قال هو عظم والى هذا ميل المص (فيقلع) من الضارب (ان قلع) سن المضروب سواء كان بينهما تفاوت فى الصغر والكبر اولالان منفعة السن لاتختلف بهما (ويبرد) بالمبرد (ان كسر) الى ان يتساو يا لتحقق المماثلة فى الكسر كما قال الله تعالى والسن بالسن قيل لاتقلع بالقلع بل تبرد الى ان تنتهى الى اللحم ويسقط ماسواه (ولا) قصاص (بين طرفى ذكر وانثى وحر وعبد ولافى) طرفى (عبدين) فى القطع والقتل ونحوهما لانعدام المماثلة فى الاطراف عندنا لانها يسلك بها مسلك الاموال فيثبت التفاوت بينهما فى القيمة وعند الشافعى يجب القصاص فى جميع ذلك اعتبارا للاطراف بالانفس لكونها تابعة لها (ولا فى قطع يد من نصف الساعد) لما سلف من عدم امكان المماثلة (ولا) قصاص (فى جائفة برئت) والجائفة هى الطعنة التى بلغت الجوف وانما قال برئت لان البرء فيها نادر فالظاهر ان الثانى يفضى الى الهلاك فلا يمكن رعاية المماثلة بخلاف ما اذا لم يبرأ فانها اما سارية فيجب الاقتصاص واما ان لاتسرى بعد فينتظر الى ان يظهر الحال من البرء اوالسراية (ولا) قصاص (فى) قطع (اللسان ولافى الذكر) عندنا حيث يجرى فيهما الانقباض والانبساط فلا يمكن المماثلة فى الاستيفاء (الاان قطعت الحشفة فقط) فح يقتص لان موضع القطع معلوم فصار كالمفصل ولو قطع بعض الحشفة او بعض الذكر فلا قصاص عليه لان البعض لايعلم مقداره والشفة ان استقصاها بالقطع يجب القصاص لامكان اعتبار المساواة بخلاف ما اذا قطع بعضها لانه يتعذر اعتبارها وعن ابى يوسف ان قطع من الاصل يقتص لامكان اعتبار المماثلة (وطرف المسلم والذمى سواء) للتساوى بينهما فى الارش (وخير المجنى عليه بين القصاص واخذ الارش لو كانت يد القاطع شلاء اوناقصة الاصابع) لتعذر استيفاء حقه بكماله فيتخير بين ان يتجوز بدون حقه فى القطع وبين ان تأخذ الارش كاملا كمن اتلف مثليا لانسان فانقطع عن ايدى الناس ولم يبق الاالردى فانه يخير بين ان يأخذ الموجود ناقصا وبين ان يأخذ القيمة ثم اذا استوفى القصاص سقط حقه فى الزيادة وقال الشافعى يضمنه النقصان وتمامه فى المنح فليطالع (او) كان (رأس الشاج اصغر او اكبر بحيث لاتستوعب الشجة مابين قرنيه) اى مابين ناحيتى رأسه (وقد استوعب) الشجة (مابين قرنى المشجوج) فقوله

لاتستوعب آه قيد لكون رأس المشجوح آكبر فان الشجة انما كانت موجبة لكونها مشينة فيتعذر الاستيفاء كلا اذا كان رأس المشجوح اكبر ورأس الشاج اصغر لما فيه من زيادة الشين فيخير ان شاء اخذ ارشها وان شاء اقتص ويسقط حقه في الزيادة واما الثاني وهو ما اذا كان رأس الشاج اكبر ورأس المشجوج اصغر فان الشين يزداد بازدياد الشجة فيزيد الاستيفاء على فعله وباستيفاء قدر حقه لايلحق الشاج من الشين مايلحق المشجوح فلهذا قلنا بالخيار

فصل

لما كان سقوط القصاص والصلح عنه بعد تحقق الجناية واحكامها عقد هذا الفصل لذلك لتميز مسائله عما سبق بيانه من الجنايات بانواعها فقال (ويسقط القصاص بموت القاتل) لفوات المحل (وبعفو الاولياء وبصلحهم على مال وان قل المال) لانه حقهم فيجوز تصرفهم فيه كيف شاؤا (ويجب) المال المصالح عليه (حالا) يعني اذا صالح الاولياء على مال عن القصاص وجب المال المصالح عليه قليلا كان او كثيرا حالا وان لم يذكروا الحلول والتأجيل لانه مال واجب بالعقد والاصل في امثاله الحلول كالمهر والثمن ومشروعية الصلح ثابتة بقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء وقال ابن عباس رضي الله تعالى عنهما نزلت هذه الآية في الصلح وقوله عليه السلام من قتل له قتيل فاهله بين خيرتين بين ان يأخذوا المال وبين ان يقتلوا فالمراد اخذ المال برضى القاتل وهو معنى الصلح ولانه حق ثابت للاولياء يجوز لهم التصرف فيه باسقاطه مجانا وهو العفو وبعوض وهو معنى الصلح بخلاف حد القذف لان الغالب فيه حق الله فلا يجري فيه العفو فكذا التعويض وانما كان القليل والكثير فيه سواء لانه ليس فيه شيء مقدر شرعا فيفوض الى رضاهما كالخلع وبدل الكتابة والاعتاق على مال بخلاف ما اذا كان القتل خطاء فانه لايجوز الصلح باكثر من الدية لانه دين ثابت في الذمة مقدر بقوله تعالى ودية مسلمة الى اهله فيكون اخذ اكثر منه ربوا (و) يسقط القصاص (بصلح بعضهم) اى الاولياء (او عفوه) اى البعض لان كل واحد منهم يتمكن من التصرف في نصيبه استيفاء واسقاطا بالعفو او الصلح لانه تصرف في خالص حقه ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه لايتجزى بخلاف مالو قتل رجلين فعفا اولياء احدهما حيث يكون لاولياء الآخر قتله لان الواجب فيه قصاصان لاختلاف القتل والمقتول فبسقوط احدهما لايسقط الآخر (ولمن بقي) من الاولياء (حصته من الدية في ثلاث سنين على القاتل هو الصحيح) لان استيفاء

القصاص تعذر لمعنى فى القاتل وهو ثبوت عصمته بعفو البعض فيجب المال كما فى الخطاء فان العجز عن القصاص عملا بنى فى القاتل وهو كونه خاطئا ولا حصة للعا فى لاسقاط حقه (وقيل على العاقلة) والصحيح هو الاول لان القتل عمد والعاقلة لاتحمل العمد (ولو قتل حر و عبد شخصا فامر الحر و سيد العبد رجلا بالصلح عن دمهما بالف فصالح فهى نصفان) يعنى اذا قتل حر و عبد رجلا عمدا حتى وجب عليهما الدم فامر الحر ومولى العبد رجلا ان يصالح عن دمهما على الف ففعل فالالف على الحر ومولى العبد نصفان لانه مقابل بالقصاص وهو عليهما على السواء فيقسم بدله عليهما على السواء ولان الالف وجب بالعقد وهو مضاف اليهما فيتنصف موجبه وهو الالف (ويقتل الجمع بالفرد) والقياس ان لايقتل لعدم المساواة وترك القياس باجماع الصحابة رضى الله عنهم روى ان سبعة من اهل صنعاء قتلوا واحدا فقتلهم عمر رضى الله تعالى عنه وقال لو اجتمع عليه اهل صنعاء لقتلتهم ولان زهوق الروح لايتجزئ واشتراك الجماعة فيما لا يتجزى يوجب التكامل فى حق كل واحد منهم فيضاف الى كل واحد منهم كلا كأنه ليس معه غيره كولاية الانكاح فى باب النكاح ثم اعلم انه لابد فى المتن من قيد ان يجرح كل واحد جرحا مهلكا لان زهوق الروح يتحقق بالمساواة كما فى تصحيح القدورى للشيخ قاسم حتى اذا لم يجرح كل واحد جرحا مهلكا لايقتل قال الزاهدى فى المجتبى انما يقتل جميعهم اذا وجد من كل واحد منهم جرح يصلح لزهوق الروح فاما اذا كانوا نظارة اومغرين اومعينين بالامساك والاخذ لاقصاص عليهم انتهى ويدل عليه قول الزيلعى فى تعليل وجوب قتل الجمع بالفرد لان زهوق الروح لايتجزى واشتراك الجماعة فيما لايتجزى يوجب التكامل فى حق كل واحد منهم فيضاف الى كل واحد منهم كأنه ليس معه غيره انتهى (و) يقتل (الفرد بالجمع اكتفاء ان حضر اولياؤهم) اى يكتفى بقتل الفرد حيث لاتجب الدية عندنا خلافا للشافعى لانه يقتل بالاول ويجب المال للباقين ان علم اول من قتل وان لم يعلم اول المقتولين يقتل لهم وقسمت الديات بينهم وقيل يقرع فيقتل لمن خرجت قرعته فيجب المال للباقين (وان حضر واحد) من الاولياء (قتل له) اى لذلك الواحد الحاضر وسقط حق) اولياء (البقية) وهو القصاص عندنا لفوات المحل فصار كموت العبد الجانى (ولاتقطع يدان بيد وان امر اسكينا فقطعا مقابل يضمنان ديتها) يعنى لاتقطع يدا رجلين بيد رجل امرا سكينا واحدا على يد فقطعت وضمنا دية واحدة على المناصفة عندنا لان كل واحد قاطع بعض اليد فلا مماثلة لان الانقطاع حصل باعتماد يديهما على السكين عند الامرار والمحل متجزئ

فيضاف البعض الى كل واحد بخلاف النفس لان زهوق الروح لايتجزى وعند الشافعى يقطع يداهما قياسا بالانفس لكون الطرف تابعا لها او زجرا لهما وقيل عند الشافعى يقطع يد احدهما بالقرعة وعلى الآخر الدية قيل لو وضع احدهما السكين من جانب والآخر وضع السكين الآخر من جانب وامرا حتى التقى السكينان لايجب القصاص اتفاقا لان كلا منهما قاطع للبعض (فان قطع رجل يمينى رجلين) سواء قطعهما معا او على التعاقب (فلهما قطع يمينه ودية يد بينهما) وهو نصف دية النفس فيقسم بينهما نصفين (ان حضرا معا) لان المماثلة مرعية بالقيمة فى الاطراف وعند الشافعى يقطع بالاول فى التعاقب وللثانى الارش ويقرع بينهما فى القران والقصاص لمن خرجت قرعته وللآخر الارش (وان حضر احدهما) اى احد المقطوعين (وقطع) القاطع عند حضوره (فللآخر الدية) اى دية واحدة لان للحاضر ان يستوفى لثبوت حقه وتردد حق الغائب بين ان لا يطلب او يعفو مجانا او يصالح فاذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر فى الدية لانه اوفى به حقا مستحقا (وصح اقرار العبد بقتل العمد و يقتص به) عندنا لانه غير متهم فيه لانه مضر بالعبد فيقبل قوله ولان العبد مبقى على اصل الحرية فى حق الدم عملا بالآدمية سواء كان مأذونا او محجورا حتى لايجوز اقرار المولى عليه بالحد والقصاص و بطلان حق المولى بطريق الضمان فلا يبالى به خلافا لزفر اذ عنده لايجوز اقراره لانه يؤدى الى ابطال حق المولى فصار كالاقرار بالقتل خطاء او بالمال (ومن رمى رجلا عمدا فنفذ الى آخر) عمدا (فماتا اقتص للاول) لانه عمد (وعلى عاقلته الدية للثانى) لانه احد نوعى الخطاء كأنه رمى الى صيد فاصاب آدميا والفعل يتعدد بتعدد الاثر

فصل

ومن قطع يد رجل ثم قتله اخذ بهما مطلقا) اى سواء كانا عمدين او خطائين او مختلفين (ان تخللهما برء) فيجب القطع والقتل فى العمدين ودية ونصف دية فى الخطائين والقطع والدية اذا كان القطع عمدا والقتل خطاء والقصاص ونصف الدية فى عكسه والاصل فيه ان الجمع بين الجراحات واجب ما امكن تتميما للاول لان القتل فى الاعم يقع بضربات متعاقبة وفى اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الجرح الا ان لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه لتخلل البرء بينهما وهو قاطع للسراية فى العمدين والخطائين ولاختلاف حكم الفعلين وتخلل البرء بينهما ايضا فى المختلفين (والا) اى وان لم يتخلل بينهما برء (فان اختلفا

عمدا وخطاء) بان كان القطع عمدا والقتل خطاء او بالعكس (اخذ بهما) ايضا فيجب القطع والدية في الاول والقصاص ونصف الدية في الثاني لتعذر الجمع لاختلاف الجنايتين لكون احدهما عمدا والآخر خطاء (لا) يؤخذ بهما (ان كانا خطائين) ولم يتخلل بينهما برء (بل تكفي دية واحدة) اعني دية القتل لان دية القطع انما تجب عند استحكام اثر الفعل وهو ان يعلم عدم السراية (وفي العمدين) اللذين لم يتخلل بينهما برء (يؤخذ بهما) فيجب القطع والقتل عند الامام (وعندهما لا) يقطع (بل يقتل فقط) فيدخل جزاء القطع في جزاء القتل لان الجمع بينهما ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وله ان الجمع متعذر للاختلاف بين هذين الفعلين لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر (ولو ضرب به مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة وجب دية واحدة فقط) عند الامام لانه لما برئ منها لاتبقى معتبرة في حق الارش وان بقيت معتبرة في حق التعزير للضارب فبقي الاعتبار للعشرة وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها اثر على اصل الامام وعن ابي يوسف في مثله حكومة عدل وعن محمد انه تجب اجرة الطبيب وثمن الادوية كما في الهداية (وان جرحته) اي جرحت المضروب مائة سوط (وبقي لها الاثر) اي اثر الجراحة بعد البرء (ولم يمت تجب حكومة عدل) عند الامام لبقاء الاثر والارش انما يجب باعتبار معنى الاثر في النفس وان لم يبق لهما اثر لايجب شيء عنده (ومن قطعت يده عمدا فعفا) المقطوع (عن القطع فمات منه) اي من القطع (فعلى قاطعه الدية في ماله) عند الامام لانه عفا عن القطع وهو غير القتل فلما سرى تبين انه القتل لا القطع فيجب ضمان القتل لان حقه فيه هذا في القياس الا ان الدية وجبت استحسانا لان صورة العفو مورثة للشبهة (وعندهما هو) اي عفو المقطوع عفو (عن النفس) فلا يلزم على القاطع شيء اذ العفو عن القطع عفو عن موجبه وهو احد الامرين هو القطع ان لم يسر او القتل ان سرى (وان عفا) المقطوع (عن القطع وما يحدث منه) اي من القطع (او عفا (عن الجناية) عمدا (فهو عفو عن النفس اجماعا) لكون الجناية جنسا متناولا للسارية والمقتصرة ثم مات من ذلك لاشيء عليه (والعمد من كل المال والخطاء من ثلثه) اي ثلث المال يعني ان كان القطع عمدا وعفا عنه كان من كل المال لان موجبه قود وهو ليس بمال فلم يتعلق به حق الورثة فيصح العفو عنه على الكمال وان كان خطاء وعفا عنه فهو عفو عن الدية فيعتبر من ثلث المال لان الدية مال وحق الورثة يتعلق بها والعفو وصية فيصح

من الثلث (الشجة كالقطع) اى العفو عن الشجة كالعفو عن القطع فاذا عفا المشجوج عن الشجة فات منها يضمن شاجه ارشه عند الامام لان العفو ورث الشبهة فلا يضمن القتل وعندهما لا يجب شئ اذا العفو عن الشجة عفو عن موجبه هو الارش ان لم يسر او القتل ان سرى ولو عفا عن الشجة فهو عفو عن النفس وكذا لو عفا عن الشجة وما يحدث منها فهو عفو عن النفس ولو عفا عن الشجة خطاء فهو عفو معتبر من الثلث ولو عفا عن الشجة عمدا فهو عفو مجانا (وان قطعت امرأة يد رجل فتزوجها على) موجب (يده ثم مات) المقطوع يده (فعليه مهر مثلها وعليها الدية فى مالها ان قطعت عمدا وعلى عاقلتها ان) قطعت (خطاء) هذا عند الامام لان العفو عن اليد او القطع لا يكون عفوا عن ما يحدث منه عنده ثم ان كان القطع عمدا كان تزوجها على القصاص فى الطرف وليس بمال على تقدير الاستيفاء فعلى تقدير السقوط اولى فلا يصلح للمهر فيجب لها عليه مهر المثل فان قيل قد سبق ان القصاص لا يجرى بين الرجل والمرأة فى الطرف فكيف يصح تزوجها عليه اجيب ان الموجب الاصلى للعمد هو القصاص لاطلاق قوله تعالى والجروح قصاص وانما سقط للتعذر ثم تجب عليها الدية لان التزوج وان تضمن العفو لكن عن القصاص فى الطرف فاذا سرى تبين انه قتل ولم يتناوله العفو فيجب الدية لعدم صحة العفو عن النفس وهو فى مالها لانه عمد والعاقلة لا تحمله فاذا وجبت له الدية ولها المهر تقاصا ان استويا وان فضلت الدية ترده على الورثة وان فضل المهر ترده الورثة عليها وان كان القطع خطاء يكون تزوجها على ارش اليد واذا سرى الى النفس تبين انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما فى يده ولا شئ فيها والدية واجبة بنفس القتل لانه خطاء ولا تقع المقاصة لان الدية على العاقلة قيل ينبغى ان تقع المقاصة على القول المختار فى الدية وهو عدم وجوبها على العاقلة بل على القاتل (وان تزوجها على اليد وما يحدث منها) يعنى السراية (او على الجناية ثم مات) من ذلك القطع (فعليه مهر المثل فى العمد) لان هذا تزوج على القصاص وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا كما لو تزوجها على خمر او خنزير (و يرفع) عن العاقلة (مقداره) اى مقدار مهر مثلها (فى الخطاء) ان كان مهر المثل اقل من الدية (والباقى) من الدية (وصية لهم) اى للعاقلة (فان خرج) الباقى (من الثلث سقط والا) اى وان لم يخرج الباقى من الثلث (فقدر ما يخرج منه) لانه تزوج على الدية وهى تصلح مهرا الا انه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لانه وان كان مريضا مرض الموت لكن التزوج

من الحوايج الاصلية ولاتصح في حق الزيادة على مهر المثل لانه محاباة فيكون وصية والدية تجب على العاقلة وقد صارت مهرا فيسقط كلها عنهم ان كان مهر مثلها مثل الدية اواكثر (وكذا الحكم عندهما في الصورة الاولى) اى فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين اى في الخطاء والعمد (ومن قطعت يده فات بعد ما اقتص له من القاطع قتل قاطعه) يعنى لو ان رجلا قطع يد رجل فاقتص له بان قطع يده ثم مات المقطوع الاول منه قبل المقطوع الثانى قتل المقطوع الثانى به وهو القاتل الاول قصاصا لانه تبين ان الجناية كانت قتل عمد وحق المقتص القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود اذا استوفى طرف من عليه القصاص وعن ابى يوسف انه يسقط حقه في القصاص لانه لما اقدم على القطع فقد ابرأه عما وراءه ونحن نقول انما اقدم على القطع ظنا منه اى من المقطوع الاول ان حقه فيه وبعد السراية يتبين انه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به (ومن قتل له ولى عمدا فقطع يد قاتله ثم عفا عن القتل فعليه) اى قاطع اليد (دية اليد) عند الامام لانه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وكان القياس ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة واذا سقط وجب المال (ومن قطعت يده فاقتص من قاطعها) بنفسه بلا حكم حاكم كما في الدرر (فسرى) القطع (الى نفسه فعليه) اى على المقتص (دية النفس) عند الامام لان حقه في القطع لا في القتل ولما سرى كان قتلا لا قطعا فصار فعله بغير حق وما يتقيد بوصف السلامة هو من الواجبات كالرمى الى الحربى وما نحن فيه ليس منها اذ العفو مندوب لكن لم يجب القصاص لاندرائه بشبهة فانقلب الى الدية (خلافا لهما فيهما) اى في هذه المسئلة والمسئلة التى قبلها اما في الاولى فلان اقدامه على القطع دليل على انه ابرأه عن غيره واما في هذه المسئلة فلانه استوفى حقه وهو القطع فسقط حكم السراية اذ الاحتراز عن السراية خارج عن وسعه فلا يتقيد بشرط السلامة لما فيه من سد باب القصاص كالامام والقاضى اذا قطع يد السارق فسرى الى النفس ومات وكالبزاغ والفصاد والحجام والختان وكما لو قال اقطع يدى فقطعها ومات وفي المنح وضمان الصبى اذا مات من ضرب ابيه اووصيه تأديبا عليهما اى على الاب والوصى عند الامام كضرب معلم صبيا اوعبدا بغير اذن ابيه ومولاه وان كان الضرب باذنهما لا ضمان وكذا يضمن زوج امرأة ضربها تأديبا

باب الشهادة في القتل واعتبار حاله

لما كانت الشهادة في القتل امرا متعلقا بالقتل اوردها بعد ذكر حكم القتل

لان مايتعلق بالشئ كان ادنى درجة من نفس ذلك الشئ (القود يثبت للوارث)
بطريق الخلافة (ابتداء لابطريق الارث) عند الامام لانه يثبت بعد الموت
والميت ليس اهلا لان يملك شيئا الامالة اليه حاجة كالمال مثلا ولهذا يجهز
وتقضى ديونه وتنفذ وصاياه من ماله وطريق ثبوته الخلافة وعندهما بطريق
الارث والفرق بينهما ان الوراثة تستدعى سبق ملك المورث ثم الانتقال منه الى
الوارث والخلافة لاتستدعى ذلك فالمراد بالخلافة ههنا ماذكره صدر الشريعة
ان يقوم شخص مقام غيره فى اقامة فعله ففى القتل اعتدى القاتل على المقتول
بمثل مااعتدى عليه لكنه عاجز عن اقامته فالورثة قاموا مقامه من غير ان يكون
المقتول ملكه ثم انتقل منه الى الورثة (فلا يكون احدهم) اى احد الورثة
(خصما عن البقية فيه) اى فى اثبات فعل القصاص بغير وكالة منهم فاذا اقيم
القصاص اقيم بجميعهم (بخلاف المال) لان الميت اهل لان يملك المال ولذا
لو نصب شبكة وتعلق به صيد بعد موته يملكه وعندهما يثبت بطريق الوراثة
(فلو اقام احد ابنين حجة بقتل ابيهما عمدا والآخر غائب لزم اعادتها)
اى اعادة الحجة (بعد عود الغائب) ليتمكن من الاستيفاء عند الامام وحاصله
انه ليس للحاضر ان يستوفى القصاص قبل عود الغائب بل اذا اقام الحاضر
البينة يحبس القاتل لانه صار متهما بالقتل والمتهم يحبس فان عاد الغائب فليس
لهما ان يقتلاه بتلك البينة بل لابد لهما من اعادة البينة (خلافا لهما) اى قالا
لايلزم اعادتها بعد عود الغائب بل يحبس ايضا اذا اقام الحاضر البينة فاذا اعاد
الغائب فلهما ان يقتلاه بتلك البينة (وفى) قتل (الخطاء والدين لاتلزم)
اعادة البينة اذا جاء الغائب بعد اقامة الحاضر لان هذا لايوجب القود بل يوجب
الدية فطريق ثبوته الوراثة اجماعا وحاصل الكلام ان احد الوارثة
ينتصب خصما عن الباقين فيما يدعى مالا للميت او عليه كما اذا ادعى احد
الورثة شيئا من تركة الميت على احد واقام عليه بينة يثبت حق الجميع بلا حاجة
الى الدعوى والاثبات من الباقين وكذا اذا ادعى احد على احدهم شيئا
من التركة واقام عليه بينة يثبت على جميعهم بلا حاجة الى الدعوى والاثبات
على الباقين (ولو برهن القاتل على عفو) الوارث (الغائب فالحاضر خصم)
عن الغائب (ويسقط القود) اى لو اقام القاتل البينة على الوارث الحاضر
ان الوارث الغائب قد عفا ينتصب الحاضر خصما عن الغائب فتقبل بينة العفو
عليه لانه يدعى على الحاضر سقوط حقه فى القصاص وانقاله الى المال
فاذا قضى عليه يصير الغائب مقضيا عليه تبعا ويسقط القود عن القاتل لعدم
التجزى وينقلب الى الدية (وكذا اذا قتل عبدا لرجلين واحدهما غائب)

فاقام القاتل بينة على الحاضر ان شريكه الغائب قدعفا عنه ينصب الحاضر خصما و يسقط القود لمابين آنفا (ولوشهد ولياقصاص بعفو اخيهما لغت) تلك الشهادة يعنى اذاكان اولياء المقتول ثلاثة فشهدااثنان منهما على الثالث انه عفا فشهادتهما باطلة لانهما يجران الى انفسهما نفعا وهو انقلاب القود مالا وهو عفو منهما لانهما زعما ان القصاص قدسقط وزعمهما معتبر فى حق انفسهما وهذه المسئلة على وجوه اربعة ذكر الاول بقوله (فان صدقهما) اى الوليين (القاتل فقط) وكذبهما المشهود عليه (فالدية بينهم اثلاثا) لانه بتصديقه اياهما اقرلهما بثلثى الدية فلزم وادعى بطلان حق الشريك فلم يصدق فتحول مالا غرم القاتل الدية اثلاثا و ذكر الثانى بقوله (وان كذبهما) القاتل بعد ان كذبهما الولى المشهود عليه بالعفو (فلاشئ لهما) اى للوليين الشاهدين (ولاخيهما ثلث الدية) لانهما بشهادتهما عليه بالعفو اقرا ببطلان حقهما فى القصاص فصح اقرارهما فى حق انفسهما وادعيا انقلابه مالا فلاتصدق دعواهما الاببينة وللولى المشهود عليه ثلث الدية لان دعواهما عليه العفو وهو ينكر فينقلب نصيبه مالا لان سقوط القصاص مضاف اليهما وذكر الثلث بقوله (وان صدقهما اخوهما فقط) دونا لقاتل (غرم القاتل له) اى للاخ (ثلث الدية) يعنى يغرم القاتل ثلث الدية وهو نصيب الشريك (ثم يأخذ انه) اى يأخذ المخبران الثلث (منه) اى من الشريك المصدق لان زعم الشريك انه عفا بتصديق المخبرين فلاشئ له على القاتل ولهما على القاتل ثلث الدية ومافى يد الشريك وهو ثلث الدية مال القاتل وهو من جنس حقهما فيصرف اليهما لاقراره لهما بذلك كمن قال لفلان على الف درهم فقال المقرله ليس ذلك لى وانما هو لفلان فان ذلك يصرف اليه فكذا هذا وهذا كله استحسان والقياس ان لايلزم القاتل شئ لان ماادعاه الشاهد ان على القاتل لم يثبت لانكاره وما اقر به القاتل للمشهود عليه قدبطل باقراره بالعفو لكونه تكذيباله وجوابه ان القاتل بتكذيبه للشاهدين قداقر للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه ان القصاص قدسقط بشهادتهما كما اذا عفا والمقرله ما كذب القاتل حقيقة بل اضاف الوجوب الى غيره فجعل الواجب للشاهدين وفى مثله لايرتد الاقرار كمن قال لفلان على كذا فقال المقرله ليس لى ولكنه لفلان على مابينا كما فى التبيين (وان اختلف شاهدا القتل فى زمانه) اى زمان القتل (اومكانه او) فى (آلته) بان قال احدهما قتله بعصا وقال الآخر قتله بالسيف (اوقال احدهما قتله بعصا وقال الآخر لاادرى بما ذاقتله بطلت) شهادتهما لان القتل لايتكرر فالقتل

فى زمان اومكان غير القتل فى زمان آخر ومكان آخر وكذا القتل بآلة غير القتل بآلة اخرى وتختلف الاحكام باختلاف الآلة فكان على كل قتل شهادة فرد فلم تقبل ولان اتفاق الشاهدين شرط للقبول ولم يوجد ولان القاضى تيقن كذب احدهما لاستحالة اجتماع ماذكروا واذابين احدهما الآلة وقال الآخر لاادرى بما ذاقتله فلاتقبل شهادتهما ايضا لان المطلق يغاير المقيد لان المطلق يوجب الدية فى ماله والمقيد يوجب الدية على العاقلة فاختلف حكمهما كالصورة الاولى فلاتقبل واما اذاشهد احدهما بالفعل معاينة والآخر على اقرار القاتل كان باطلا لاختلاف المشهود به فان احدهما فعل والاخر قول وقد تقرر فى كتاب الشهادة انه لايجمع بين قول وفعل وكذا تبطل الشهادة لوكمل النصاب فى كل واحد منهما بان شهد شاهدان انه قتله يوم الجمعة وآخران انه قتل يوم السبت اوشهدا كذلك فى المكان لتيقن القاضى بكذب احد الفريقين وعدم الاولوية بالقبول ولو كمل احد الفريقين دون الآخر قبل الكامل منهما لعدم المعارض كما فى المنح (وان شهدا بالقتل وجهلا الآلة) بان قالا لاندرى باى شئ قتله (لزمت الدية) استحسانا والقياس ان لاتقبل هذه الشهادة لان الفعل يختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود به وجه الاستحسان انهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فيجب اقل موجبه وهو الدية ولانه يحمل اجمالهم فى الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه سترا عليه ومثل ذلك سائغ شرعا لان الشرع اجاز الكذب فى اصلاح ذات البين على ماورد به الحديث ليس بكذاب من اصلح بين اثنين وقال خيرا فهذا مثله اواحق منه فيحمل عليه وانما وجب الدية فى ماله دون العاقلة لان المطلق يحمل على الكامل فلايثبت الخطاء بالشك (ولو اقر كل واحد من رجلين بقتل زيد وقال وليه قتلتماه جميعا فله) اى للولى (قتلهما) جميعا لان تكذيب الولى فى بعض ماقربه وهو الانفراد بالقتل لايبطل الاقرار وان كان فيه التفسيق لان فسق المقر لايمنع صحة الاقرار وكذا لوقال الولى لاحدهما انت قتلته له ان يقتله دون الآخر ولو قال الولى فى صورة الاقرار صدقتما ليس له ان يقتل واحدامنهما لان كل واحد منهما يدعى الانفراد بالقتل فتصديقه يوجب ذلك فصار كأنه قال لكل واحد منهما قتلته وحدك ولم يشاركك فيه احد كما تقول فيكون مقرا بان الآخر لم يقتله بخلاف الاول وهوما اذا قال قتلتماه لانه دعوى القتل من غير تصديق فيقتلهما باقرارهما ولو اقر رجل بانه قتله فقامت البينة على آخر انه قتله كلاهما كان للولى قتل المقردون المشهود عليه ولو قال الولى لاحدالمقرين صدقت

انت قتلتـه وحدك كان له قتله كما اذا قال ذلك لاحد المشهـود عليهمـا شهدا عـلى رجل بقتله خطاء وحكم بالدية وجاء المشهـود بقتله حيا ضمنت العـاقلة الولى اوالشهـود ورجع الشهـود على الولى والعمد كالخطاء الا فى الرجوع ولو شـهدا على اقراره اوشهدا على شهـادة غيرهما فى الخطـاء لم يضمنا وضمن الولى الدية للعاقلة كما فى التنوير (ولوشهدا بقتل زيد عمرا و) شهد (اخر ان بقتل بكر اياه وادعى وليه قتلهما لغتا) اى الشهادتان لان تكذيب الولى الشـاهد فى بعض ماشهـد به وهو الانفراد فى القتل يبطل الشهـادة اصلا لان التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول (والعبرة بحـالة الرمى) لان الرمى فعل الرامى ولافعل له بعده يوجب اعتبار حاله فى حق الحل والضمان عند ذلك (لا الوصول) اى ليس المعتبر حالة الوصول (فى تبدل حال المرمى) عند الامام (فلو رمى مسلمـا) عمدا (فارتد فوصل) السهم (اليه مات تجب الدية) عنده لان التضمين لورثه المرتد لكونه معصوما وقت الرمى لا القصاص لاندرائه بالشبهة فتجب الدية (خلافا لهما) اى لاشئ على الرامى لان التلف حصل فى محل غير معصوم فيكون هدرا ولان المرمى اليه كان مبرئا بالارتداد عن موجبه كما اذا ابرأه بعد الجرح قبل الموت (ولو رمى مرتدا فاسلم قبل الوصول لايجب شئ اتفاقا) وكذا اذا رمى حربيا ثم اسلم لان الرمى ماانعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا بصيرورته متقوما بعد ذلك (وان رمى عبدا فاعتق فوصل) السهم اليه بعدما اعتق (فعليه) اى على الرامى (قيمته عبدا) عند الشيخين لانه يصير قاتلا من وقت الرمى وقد صار هو مملوكا فى تلك الحالة فيجب قيمته (وعند محمد) عليه (فضل مابين قيمته مرميا وغير مرمى) لان توجه السهم عليه اوجب اسرافه على الهلاك حتى لو كانت قيمته قبل الرمى الفـا وبعده ثمانمائة يلزم الرامى مائتان وقال زفر تجب عليه الدية لان الرمى يصير علة عند الاصابة اذ علة الاتلاف لاتصير من غير تلف يتصل به وقد يلحق به الحى (وان رمى محرم صيدا فحل) من احرامه قبل الاصابة (فوصل) السهم الى الصيد فقتله (وجب الجزاء) اذ الاعتبار بحالة الرمى (وان رماه حلال واحرم) بعد الرمى (فوصل) السهم الى الصيد فقتله (فلا) يجب الجزاء لان رميه وقع حال كونه حلالا وان وصل اليه السهم بعد احرامه (وان رمى من قضى عليه برجم) اى اذا قضى القاضى برجم رجل فرماه رجل (فرجع شهوده) بعد الرمى (فوصل) بعد رجوع الشهود (لايضمن) الرامى لما ان المعتبر حالة الرمى وهو مباح الدم فيها (ولو رمى مسلم صيد افتمجس) اى صار مجوسيا (فوصل حل) الصيد (وفى العكس) يعنى لو رمى مجوسى صيدا فاسلم فوصل (يحرم) لان المعتبر حالة

الرمى وهو الاصل فى مسائل هذا الباب وذلك بالاتفاق وانما عدل ابو يوسف ومحمد عن ذلك فيما اذا رمى الى مسلم فارتد والعياذ بالله تعالى قبل الاصابة باعتبار انه صار مبرئاله بالردة على ماابينا فى اول هذا الفصل كما فى المنح

❊ كتاب الديات ❊

وجه المناسبة فى ذكر الديات بعد الجنايات كون الدية احدى موجبى الجناية المسروعين للصيانة ولما كان القصاص اشد صيانة قدم موجبه والديات جمع دية وهو مصدر ودى القاتل المقتول اذا اعطى وليه المال الذى هو بدل النفس قال المولى المعروف باخى چلبى ثم قيل لذلك المال دية تسمية بالمصدر وواوها محذوفة كذا فى المغرب (الدية المغلظة من الابل مائة ارباعا) يعنى ان الدية المغلطة فى شبه العمد تكون اربعة انواع بينها بقوله (بنات مخاض وبنات لبون وحقاق وجذاع) قدسبق تفسير الكل فى كتاب الزكوة (من كل) اى من كل واحدة منها (خمس وعشرون) فيكون جملتها مائة هذا عند الشيخين (وعند محمد) وهو قول الشافعى (ثلثون حقة وثلثون جذعة واربعون ثنية) قدسبق تفسيرها فى كتاب الزكوة (كلها) اى كل الثنيات (خلفات بفتح الخاء المعجمة وكسر اللام والفاء جمع خلفة وهى الحامل من النوق فيكون قوله (فى بطونها اولادها) صفة كاشفة وفى غاية البيان ان تغليظ الدية مروى عن ابن مسعود وزيد بن ثابت وابى موسى الاشعرى رضى الله تعالى عنهم لكن اختلفوا فى كيفية التغليط فعند الشيخين ماذكر اولا وعند محمد والشافعى ماذكر ثانيا لقوله عليه السلام الاان قتيل خطاء العمد بالسوط والعصى والحجر فيه دية مغلطة من الابل اربعون منها فى بطونها اولادها ولان دية شبه العمد اغلط من دية الخطاء المحض ودليل الشيخين قوله عليه السلام فى نفس المؤمن مائة من الابل ووجه الاستدلال به ان الثابت عنه صلى الله تعالى عليه وسلم هو هذا ومارواه محمد والشافعى غير ثابت لاختلاف الصحابة رضى الله تعالى عنهم فى صفة التغليط فان عمر رضى الله تعالى عنه وزيد بن ثابت والمغيرة بن شعبة رضى الله تعالى عنهم قالوا مثل ماقالا وقال على رضى الله تعالى عنه تجب اثلاثا ثلاثة وثلاثون حقة وثلاثة وثلاثون جذعة واربعة وثلاثون خلفة وقال ابن مسعود رضى الله تعالى عنه مثل ماقلنا ولامدخل للرأى فى المقادير فكان كالمرفوع وصار معارضا بما روياه واذا تعارضا كان الاخذ بالادنى وهو المتيقن اولى وفى النهاية وذكر فى المبسوط ان الشيخين احتجا بحديث السائب ابن يزيد ان النبى عليه السلام قضى فى الدية بمائة من الابل ارباعا ومعلوم انه

لم يرد به الخطاء لانها في الخطاء تجب اخماسا فعلم ان المراد به شبه العمد على انه قال عليه السلام في النفس المؤمنة مائة من الابل والمراد ادنى مايكون منه فكان ماقلناه اولى ولان الدية انما تجب عوضا والحامل لايجوز ان تستحق بشئ من المعاوضات لوجهين احدهما ان صفة الحمل لايمكن الوقوف على حقيقتها والثاني ان الجنين من وجه كالمنفصل فيكون هذا في معنى ايجاب الزائد على المائة عددا وبالاتفاق ليس التغليظ من حيث العدد بل من حيث السن ثم ان الديات تعتبر بالصدقات والشرع نهى عن اخذ الحوامل في الصدقات لانها كرايم اموال الناس فكذلك في الديات (ولا تغليظ في غير الابل) يعني لايزاد في الدراهم والدنانير على عشرة آلاف درهم اوالف دينار (وهي) اي الدية المغلظة (في شبه العمد) لما روي من الحديث وهو قوله عليه السلام الا ان قتيل خطاء العمد بالسوط والعصا والحجر فيه دية مغلظة (و) الدية (المخففة) مبتدأ خبره قوله الف دينار (وهي) اي الدية المخففة (في الخطاء وما بعده) مما اجري مجرى الخطاء والقتل بتسبب (من الذهب الف دينار) قيمة كل دينار عشرة دراهم فقوله من الذهب حال من الف قدمت على صاحبها (ومن الورق) بفتح الواو وكسر الراء الفضة (عشرة آلاف درهم) وقال مالك والشافعي اثنى عشر الف درهم لما روي عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما ان رجلا قتل فجعل النبي عليه السلام ديته اثني عشر الف درهم رواه ابوداود والترمذي ولنا ماروي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي عليه السلام قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم وما قلناه اولى للتيقن به لانه اقل ويحمل مارواه على وزن خمسة ومارويناه على وزن ستة وهكذا كانت الدراهم من زمان النبي صلى الله عليه وسلم الى زمان عمر رضي الله تعالى عنه على ماحكاه الخبازي فانه قال كانت الدراهم على عهد رسول الله عليه السلام ثلاثة الواحد منها وزن عشرة اي العشرة منها وزن عشرة دنانير فيكون الواحدة قدر دينار والثاني وزن ستة اي العشرة منها وزن ستة دنانير والثالث وزن خمسة اي العشرة منها وزن خمسة دنانير فجمع عمر رضي الله تعالى عنه بين الثلاثة فخلطه فجعله ثلث درهم فصار ثلث المجموع وتمامه في التبيين فليراجع (ومن الابل مائة) قيمة كل ابل مائة درهم حال كونها (اخماسا ابن مخاض) ذكر و بنت مخاض (و بنت لبون و حقة و جذعة من كل) واحد منها (عشرون) لما روي ابن مسعود رضي الله تعالى عنه ان النبي عليه السلام قال في دية الخطاء عشرون حقة وعشرون جذعة و عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض رواه ابو داود والترمذي واحمد والنسائي واخذ مذهبنا

غيرانه قال يجب عشرون ابن لبون مكان ابن مخاض والحديث حجة عليه (ولادية من غيرهذه الاموال) اى من النقدين والابل عند الامام لان مالية الغيرمجهولة فلا يجوز التقدير واما التقدير فمعروف بالآثار المشهورة (وقالامنها) اى من هذه الانواع (ومن البقرا يضا مائتا بقرة) قيمة كل بقرة خمسون (ومن الغنم الفا شاة) كل شاة خمس (ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان) اى ازارورداء قيمة كل حلة خمسون لان عمر رضى الله تعالى عنه هكذاجعل على اهل كل مال منها (وكفارة شبه العمد والخطاء) وما اجرى مجرى الخطاء (عتق) اى اعتاق (رقبة مؤمنه فان عجز) عن الاعتاق (فصيام شهرين متتابعين) لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين وشبه العمد خطاء فى حق القتل وان كان عمدا فى حق الضرب فتنا ولهما الآية (ولااطعام فيها) اى فى هذه الكفارة لعدم ورود النص به والمقادير لاتجب الاسماعا (وصح اعتاق رضيع احد ابويه مسلم) للكفارة لانه يكون مؤمنا بالتبعية لقوله عليه السلام والولد يتبع خيرالابوين دينا ولايقال كيف اكتفى هنا بالظاهر فى سلامة اطرافه حتى اجاز التكفيربه ولم يكتف بذلك فى حق وجوب الضمان باتلاف اطرافه لانا نقول الحاجة فى التكفير الى دفع الواجب والظاهر يصلح حجة للدفع والحاجة فى الاتلاف الى الزام الضمان وهو لايصلح حجة فيه ولانه يظهر حال الاطراف فيمابعد التكفير اذاعاش ولاكذلك فى الاطراف فافترقا (لا) اعتاق (الجنين) لانه لم تعرف حيوته ولا سلامته بعد (و) الدية (للمرأة فى النفس ومادونها نصف ماللرجل) روى ذلك عن على رضى الله تعالى عنه موقوفا ومرفوعا وقال الشافعى لاينتصف الثلث ومادونه يعنى اذا كان الارش بقدر ثلث الدية او دون ذلك فالمرأة والرجل فيه سواء وان زاد على الثلث فحالها فيه على النصف من حال الرجل (و) يجب (للذمى مثل ماللمسلم) فى النفس والاطراف عندنا لقوله عليه السلام دية كل ذى عهد فى عهده الف دينار ولتساويهما فى الحيوة والعصمة وكذا حكم المستأمن لما روى انه عليه السلام جعل ديته كالذمى وعند الشافعى دية الكتابى دية ثلث المسلم وهى اربعة آلاف درهم اذدية المسلم عنده اثنى عشر الف درهم كما ذكر ودية المجوسى خمس ثلث دية المسلم وهو ثمانمائة درهم وعند مالك دية الكتابى نصف دية المسلم وهو ستة آلاف درهم اذدية المسلم عنده ايضا اثنى عشر الف درهم



فصل

فى النفس الدية) انما ذكر دية النفس فى اول هذا الفصل مع انه معقود لبيان

احكام الدية فيما هو تبع لها وهو الاطراف تمهيدا لذكر مابعده وتبركا بلفظ الحديث وهو قوله عليه السلام في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية فلهذا قال (وكذا في المارن) وهو مارن الانف الدية (و) كذا (في اللسان الدية (ان منع النطق) لفوات منفعة مقصودة وهو النطق وكذا في قطع بعضه اذا امتنع عن الكلام ولو قدر على التكلم ببعض الحروف دون البعض تقسم الدية على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان وهي ستة عشر حرفا التاء والثاء والجيم والدال والذال والرا والزاي والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون واليا فاصاب الفائت يلزمه وقيل ان قدر على اداء اكثر الحروف تجب حكومة عدل لحصول الافهام مع الاختلال وان عجز عن اداء الاكثر يجب كل الدية لان الظاهر انه لا يحصل منه الافهام واختاره المص ولهذا قال (او) منع (اداء اكثر الحروف) لتفويت منفعة الافهام (وفي الصلب) الدية (ان منع الجماع) وقطع الماء (وفي الافضاء) الدية (اذا منع استمساك البول) لانه من جنس المنافع (وفي الذكر) الدية لان فيه تفويت المنفعة وهي الوطئ والايلاد واستمساك البول والرمي به ودفق الماء والايلاج الذي هو طريق الاعلاق عادة وفي البزازية وان قطع الذكر من اصله ان خطاء فدية وان عمدا اختلف اصحابنا وفي المنتقى لاقصاص فيه قالوا وهو قول محمد وعن الثاني ان في الحشفة القصاص واذا قطع بعضها فلا قصاص (وفي حشفته) اي حشفة الذكر الدية لانها اصل في منفعة الايلاج والدفق والقصبة كالتابع لها (وفي العقل) الدية اذا ذهب بالضرب لفوات منفعة الادراك لان الانسان بالعقل يمتاز عن غيره من الحيوان وبه ينتفع في معاشه ومعاده (وفي السمع وفي البصر وفي الشم وفي الذوق) يعني في كل منها الدية كاملة لان لكل واحد منها منفعة مقصودة وقد روى ان عمر رضي الله تعالى عنه قضى لرجل على رجل باربع ديات بضربة واحدة وقعت على رأسه فذهب عقله وسمعه وبصره وكلامه وقال ابو يوسف لايعرف الذهاب والقول قول الجاني لانه منكر فلا يلزمه شيء الا اذا صدقه او نكل عن اليمين وقيل ذهاب البصر يعرفه الاطباء فيكون قول رجلين منهم عدلين حجة فيه وقيل يستقبل به الشمس مفتوح العين فاذا دمعت عينه علم انها باقية والا فلا وقيل يلقى بين يديه حية فان هرب منها علم انها لم تذهب وان لم يهرب فهي ذاهبة وطريق معرفة ذهاب السمع ان يغافل ثم ينادى فان اجاب علم انه لم يذهب وان لم يجب فهو ذاهب وروى عن اسماعيل بن حماد ان امرأة ادعت انها لاتسمع وتطارشت في مجلس حكمه فاشتغل بالقضاء عن النظر اليها ثم قال

لها فجأة عطي عورتك فاضطربت وتسارعت الى جمع ثيابها فظهر كذبها (وفى اللحية ان لم تنبت) الدية (و) كذلك (فى شعر الرأس) الدية ان لم ينبت يعنى اذا حلق اللحية او الرأس ولم ينبت الشعر فتجب الدية فى كل واحد منهما لانه ازال جمالا على الكمال وقال مالك والشافعى لا تجب فيه الدية وتجب حكومة عدل لان ذلك زيادة فى الآدمى ولهذا ينمو بعد كمال الخلق ولهذا يحلق الرأس واللحية فى بعض البلاد فلا تتعلق بهما الدية كشعر الصدر والساق اذ لا تتعلق به منفعة ولنا قول على رضى الله تعالى عنه فى الرأس اذا حلق ولم ينبت الدية كاملة والموقوف فى مثل هذا كالمرفوع لانه من المقادير فلا يهتدى اليه بالرأى واما لحية العبد فقد روى الحسن عن الامام انه يجب فيه كمال القيمة فلا يلزمنا والجواب ان الحق من العبد الاستخدام دون الجمال وهو لا يفوت بالحلق بخلاف الحر لان الحق منه فى حقه الجمال فيجب بفواته كمال الدية وفى الشارب حكومة عدل وانما وجب فيه حكومة عدل لانه تابع للحية وفى هذا التعليل اشارة الى ان الواجب فى بعض اللحية حكومة عدل اذا كان دون النصف اما اذا كان النصف فالواجب به نصف الدية كما فى البزازية وذكر الفضلى نتف لحيته ينظر الى الذاهب والى الباقى فيجب بحسابه واذا نبت بعض اللحية فحكومة عدل انتهى (وكذا الحاجبان) يجب فيهما الدية وفى احدهما نصف الدية خلافا للشافعى ومالك فانه يجب عندهما حكومة عدل (و) كذا (الاهداب) لانه يفوت بها الجمال على الكمال وجنس المنفعة وهو دفع القذى عن العينين (وفى العينين) الدية لان جنس المنفعة يفوت بفواتهما (وفى الاذنين والشفتين وفى ثدى المرأة) انما قيد بثدى المرأة لان فيه تفويت منفعة الارضاع بخلاف ثدى الرجل لانه ليس فيه تفويت منفعة ولا الجمال على الكمال فيجب فيه حكومة عدل وفى حلمتى المرأة كمال الدية وفى احديهما نصف الدية (وفى اليدين وفى الرجلين وفى اشفار العينين) جمع شفر وهو منبت الاهداب من طرف الجفن اخذ من شفير الوادى وانما وجبت الدية فيما ذكر لفوات الجمال والمنفعة (وفى كل واحد مما هو اثنان فى البدن) كالاذن والشفة واليد والرجل مثلا (نصف الدية) لان النبى عليه السلام كتب لعمرو بن حزم رضى الله تعالى عنه وفى العينين كل الدية وفى احدهما نصف الدية ولان فى تفويت الاثنين تفويت جنس المنفعة وكمال الجمال فيجب كل الدية وفى تفويت احديهما تفويت النصف فيجب نصف الدية (وفى) كل واحد (مما هو اربعة) من البدن (ربعها) اى ربع الدية كالاشفار (وفى كل اصبع من يد او رجل عشرها) لقوله عليه السلام فى كل اصبع عشر من الابل

(وفى كل مفصل منها) اى من الاصابع (ممافيه مفصلان) كالابهام (نصف عشرها) اى نصف عشر الدية (ومما فيه ثلاثة مفاصل) كباقى الاصابع فى كل مفصل (ثلثه) اى ثلث عشر الدية تقسم عشر الدية على المفاصل كانقسام دية اليد على الاصابع (وفى كل سن نصف عشرها) وهو خمس من الابل لقوله عليه السلام وفى كل سن خمس من الابل ومن الدراهم خمسمائة درهم (وكل عضو ذهب نفعه ففيه) اى فى ذلك العضو (دية وان كان قائما كيد شلت وعين ذهب ضوؤها) بالضرب لان وجوب الدية يتعلق بتفويت جنس المنفعة ولاعبرة للصورة بلا منفعة لكونها تابعة فلا يكون لها حصة من الارش الا اذا تجردت عن المنفعة قبل الاتلاف كاتلاف اليد التى خلت عن البطش ففيها حكومة عدل ان لم يكن فيه جمال كاليد الشلاء وارشه كاملا ان كان فيه جمال كالاذن الشاخصة كذا فى التبيين

فصل

(لاقود فى الشجاج) فصل احكام الشجاج بفصل على حدة لتكاثر مسائل الشجاج اسما وحكما واعلم يجب القود فيه لانه لايمكن اعتبار المساواة فيه لان مادون الموضحة ليس له حد ينتهى اليه السكين وما فوقها كسر العظم ولا قصاص فيه لقوله عليه السلام لا قصاص فى العظم هذه رواية الحسن عن الامام وفى ظاهر الرواية يجب القصاص فيما دون الموضحة (الا فى الموضحة ان كانت عمدا) بالاتفاق لماروى انه صلى الله عليه وسلم قضى بالقصاص فى الموضحة ولانه يمكن ان ينتهى السكين الى العظم ولانه يمكن ان يسبر غورها بالسبار ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ماقطع فيتساويان فيتحقق القصاص (وفيها) اى فى الموضحة خطاء (نصف عشر الدية) لماروى فى كتاب عمرو بن حزم ان النبى عليه السلام قال فى الموضحة خمس من الابل (وهى) اى الموضحة الشجة (التى توضح العظم) اى تبينه (وفى الهاشمة) خبر مقدم للمبتدأ الآتى وهو قوله عشرها (وهى) اى الهاشمة الشجة (التى تهشم العظم) اى تكسرها (عشرها) اى عشر الدية لقوله عليه السلام وفى الهاشمة عشر من الابل (وفى المنقلة وهى التى تنقل العظم) اى تحوله بعد الكسر (عشرها) اى عشر الدية (ونصفه) اى نصف عشرها فيكون خمسة عشر من الابل لقوله عليه السلام وفى المنقلة خمسة عشر من الابل (وفى الآمة وهى) الشجة (التى تصل الى ام الدماغ) وهى الجلدة الرقيقة التى تجمع الدماغ (ثلثها) اى ثلث الدية لماروى انه

عليه السلام قال وفى الآمة ويروى وفى المأمومة ثلث الدية (وكذا فى الجائفة)
اى يجب ثلث الدية فى الجائفة ايضا (وهى الجراحة التى تصل الى الجوف
فان نفذت) اى الجائفة الى الجانب الآخر (فهما جائفتان ويجب ثلثاها)
اى ثلثا الدية لماروى عن ابى بكر الصديق رضى الله عنه انه حكم فى جائفة نفذت
الى الجانب الآخر بثلثى الدية ولانها اذنفذت صارت جائفتين فيجب فى كل
واحدة منهما الثلث (وفى كل من الحارصة) بالحاء والراء والصاد المهملات
(وهى التى تشق الجلد) ولا تخرج الدم (والدامعة) بالعين المهملة (وهى
التى يخرج منه) اى من المجروح (مايشبه الدمع) يعنى تظهر الدم ولا تسيله
بل يجمع فى موضع الجراحة كالدمع فى العين (والدامية وهى التى تسيل الدم)
وفى القهستانى نقلا عن الذخيرة الدامعة على ماذكره الطحاوى شجة تسيل
الدم وعلى ماذكره شيخ الاسلام مايسيله اكثرمما يكون فى الدامية فالدامية على
ماذكره مايدمى الجلد سواء كان سائلا اوغيرسائل وعلى ماذكره الطحاوى
ما يدميه ولايسيله وفى الظهيرية هى مايدميه من غيران يسيله وهو الصحيح
والدامعة مايسيله كدمع العين (والباضعة) بالضاد المعجمة والعين المهملة
(وهى التى تبضع الجلد) اى تقطعه مأخوذ من البضع وهو القطع (والمتلاحمة
وهى التى تأخذ فى اللحم) وتقطعه بعد قطع الجلد من تلاحم اى التأم وتلاصق
سميت بذلك تفاؤلا كما سمى اللديغ سليما (والسمحاق) بكسر السين المهملة
وسكون الميم والحاء المهملة (وهى جلدة) رقيقة (فوق العظم) تحت
اللحم (تصل اليها) اى الى تلك الجلدة الرقيقة (الشجة حكومة عدل)
بالاجماع مبتدأ مؤخرخبره ماتقدم من قوله وفى كل من الحارصة الى آخرماذكر
وسيأتى تفسيرحكومة عدل وانما وجبت لانه ليس فى كل منها ارش مقدر
شرعا لا يمكن الاهدار فوجب الاعتبار بحكم العدل وهو مأثور عن ابراهيم
النخعى وعمربن عبد العزيز (وعن محمد فيها) اى فيما ذكر من انواع الشجاج
(القصاص) اذا كان عمدا (كالموضحة) وقدتقدم انهاظاهر الرواية فى اول
الفصل والشجاج يختص بالوجه والرأس والجائفة بالجوف والجنب والظهر
وما كان فى غيرهما يسمى جراحة لان الوارد فيما يختص بالوجه والرأس والجوف
والجنب والظهر ولانه انما ورد الحكم لمعنى الشين وهو فى الرأس والوجه ولهذا
قال (وما سوى ذلك) اى مافى الوجه والرأس والجوف والجنب والظهر
جراحات) وفى الهداية واما اللحيان فقدقيل ليسا من الوجه وهوقول مالك
حتى لووجد فيهما مافيه ارش مقدر لايجب المقدر وهذا لان الوجه مشتق من
المواجهة ولا مواجهة للناظرفيهما الا ان عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من

غيرفاصلة وقد يتحقق معنى المواجهة ايضا (وفيها) اى فى الجراحات (حكومة عدل وهى) اى حكومة العدل على ماقاله الطحاوى (ان يقوم) المجروح (عبدا بلا هذا الاثر ومعه) اى مع هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت مابين القيمتين (فانقص من قيمته وجب بنسبته من ديته) مثلا يفرض ان هذا الحر عبد وقيمته بلا هذا الاثر الف درهم ومع ذلك الاثر تسعمائة فالتفاوت بينهما مائة درهم وهو عشر الالف فيؤخذ هذا التفاوت من الدية وهى عشرة آلاف درهم فعشره الف درهم فهو حكومة عدل (وبه يفتى) اى بماذكر من هذا التفسير بحكومة العدل وقيد يفتى احتراز عماذكره الكرخى وهو ان ينظر مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان مالانص فيه يرد الى المنصوص عليه قيل قول الكرخى اصح مماقاله الطحاوى لان عليا رضى الله تعالى عنه اعتبر بهذا الطريق فيمن قطع طرف سنه (وفى قطع اصابع اليد) الواحدة (وحدها ومع الكف نصف الدية) لان الارش لا يزيد بسبب الكف لانها تابعة بل الواجب فى كل اصبع عشر من الابل فيكون فى الخمس خمسون وهو نصف الدية (و) فى قطع الاصابع (مع نصف الساعد نصف الدية وحكومة عدل) وهو رواية عن ابى يوسف وعنه ان مازاد على اصابع اليد والرجل فهو تبع الى المنكب والى الفخذ لان الشرع اوجب فى اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب فلايزيد على تقدير الشرع ولهما ان اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعا فى حق التضمين ولانه لاوجه لان يكون تبعا للاصابع لان بينهما عضوا كاملا ولا الى ان يكون تبعا للكف لانه تابع ولاتبع للتبع كما فى الهداية (وفى قطع كف فيها اصبع عشر الدية وان كان فيها اصبعان فخمسها ولاشئ فى الكف) وهذا عند الامام لان الاصابع اصل حقيقة لان منفعة اليد وهى القبض والبسط والبطش قائمة بها وكذا حكما لانه عليه السلام جعل الدية بمقابلة الاصابع حيث اوجب فى اليد نصف الدية وجعل فى كل اصبع عشرا من الابل ومن ضرورته ان يكون كلها بمقابلة اصابع كل الكف والاصل اولى بالاعتبار وان قل ولايظهر التابع بمقابلة الاصل فلايعارض حتى يصار الى الترجيح بالكثرة ولئن تعارضا فالترجيح بالاصل حقيقة وحكما اولى من الترجيح بالكثرة (وعندهما يجب الاكثر) من ارش الكف ودية الاصبع والاصبعين (ويدخل الاقل فيه) اى فى الاكثر لانه لاوجه للجمع بين الارشين لان الكل شئ واحد ولا الى اهدار احدهما لان كل واحد اصل من وجه فرجحنا بالكثرة (وان) كان (فيها) اى فى الكف (ثلاث اصابع

فدية الاصابع) ولاشئ في الكف اجماعا لان الاصابع اصول وللاكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما اذا كانت الاصابع قائمة (وهى) اى دية هذه الاصابع الثلاثة (ثلاثة اعشار) الدية (اجماعا) يعنى لزوم دية الاصابع متفق عليه كما ان الاول مختلف فيه (وفى الاصبع الزائدة حكومة) اى حكومة عدل تشريفا للآدمى لانها جزء للآدمى ولكن لامنفعة فيها ولازينة (وكذا) اى يلزم (فى الشارب حكومة عدل) فى الصحيح لانه تابع للحية فصار طرفا من اطراف اللحية (ولحية الكوسج) اى يلزم فيها حكومة عدل قال الزيلعى بخلاف لحية الكوسج حيث لايجب فيها شئ لان اللحية لايبقى فيها اثر الحلق فلا يلحقها الشين بالحلق بل ببقاء الشعرات يلحقه ذلك فيكون نظير من قلم ظفر غيره بغير اذنه (و فى ثدى الرجل) حكومة عدل (و) كذا (فى ذكر الخصى والعنين ولسان الاخرس واليد الشلاء والعين العوراء والرجل العرجاء والسن السوداء) فانه لايجب فى هذه الاشياء الدية لعدم فوات جنس المنفعة وعدم جمال السن السوداء ولكن يجب فيها حكومة العدل تشريفا للآدمى لانها اجزاء منه وقال الشافعى يجب دية كاملة فى ذكر الخصى والعنين لقوله عليه السلام وفى الذكر الدية من غير فصل ولنا ان المنفعة هى الايلاج والانزال والاحبال المعتبرة من هذا العضو فاذا عدمت لايجب فيها الدية كالعين القائمة بلاضوء واليد الشلاء (وكذا) تجب حكومة عدل (فى عين الطفل ولسانه وذكره اذا لم تعلم صحة ذلك) اى صحة كل منها (بما يدل على ابصاره وتحرك ذكره وكلامه) لان المق من هذه الاشياء المنفعة فاذا لم تعلم صحتها لايجب الارش الكامل بالشك والظلا يصلح حجة للالزام بخلاف المارن والاذن الشاخصة لان المق هو الجمال وقد فوته على الكمال وكذلك لو استهل الصبى لانه ليس بكلام وانما هو مجرد صوت وان علمت الصحة فيه بما ذكره فحكمه حكم البالغ فى العمد والخطاء (وان شج) رجل (رجلا) موضحة (فذهب عقله اوشعر رأسه) ولم ينبت (دخل ارش الموضحة فى الدية) لان فوات العقل يبطل منفعة جمع الاعضاء اذلا ينتفع بدونه فصار كما اذا اوضحه فمات وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر وقد تعلقا جميعا بسبب واحد وهو فوات الشعر فيدخل الجزء فى الكل كمن قطع اصبع رجل فشلت به يده كلها (وان ذهب سمعه اوبصره اوكلامه لايدخل) ارش الموضحة فى الدية لان كلا منها جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى الاعضاء كما مر هذا عند الطرفين وعند ابى يوسف ان الشجة تدخل فى دية السمع والنطق ولاتدخل فى دية البصر قيل هذ اذا كان خطاء

اما اذا شج رجلا موضحة عمدا فذهب من ذلك سمعه وبصره فلا قصاص في شئ من ذلك عند الامام ولكن يجب ارش الموضحة ودية السمع والبصر وعندهما يجب القصاص في الشجة ويجب الدية في السمع والبصر (وان ذهب بها) اى بالموضحة (عيناه) فلاقصاص (ويجب ارسها) اى ارش الشجة (وارس العينين) عند الامام (وعندهما) يجب (القصاص في الموضحة والدية في العينين) والاصل في ذلك عنده ان الفعل اذا اوجب مالا في البعض سقط القصاص سواء كانا عضوين او عضوا واحدا وعندهما في العضوين يجب القصاص مع وجوب المال وان كان عضوا واحدا لايجب (ولاقصاص في اصبع قطعت فشلت اخرى جنبها) بل يجب الارس عند الامام لان القصاص غير واجب لعدم المماثلة لان قطع الثاني على وجه يوجب شل الاخرى غير ممكن (وعندهما) وهو قول زفر والحسن (يقتص في المتطوعة وتجب الدية في الاخرى) التي شلت لان القصاص واجب بالنصوص (ولو قطع مفصلها) اى مفصل الاصبع (الاعلى فشل مابقي) من المفاصل كما في الرمز شرح الكنز وقول صاحب الهداية وغيره فشلت مابقي من الاصبع محل تأمل تدبر (فلا قصاص بل الدية فيما قطع وحكومة) اى حكومة عدل (فيما شل) وانما وجبت الدية لانه مقدر شرعا وتلزم الحكومة فيمابقي لانتفاء تقدير الشرع فيه (ولا) قصاص (لوكسر نصف سن فاسود باقيها بل) تجب (دية السن) كلها (وكذا لواحمر) باقيها (اواخضر اواصفر) الاصل في هذا عنده ان الفعل الواحد اذا اوجب مالا في البعض اسقط القصاص سواء كانا عضوين او عضوا واحدا (ولو اسودت كلها بضربة وهي) اى السن (قائمة فالدية في الخطاء على العاقلة وفي العمد في ماله) ولايجب القصاص لانه لايمكن للمجنى عليه ان يضرب به ضربا يسوده بل يجب الارش في الخطاء على العاقلة وفي العمد في ماله (ولو قلعت سن رجل فنبت مكانها اخرى سقط ارشها) عند الامام لان الجناية قد زالت معنى لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبت مكانها آخرى فلم تفت المنفعة به ولا الزينة (خلافا لهما) لان الجناية قد تحققت والحادثة نعمة مبتدأ من الله تعالى فصار كما لو تلف مال انسان فحصل للمتلف عليه مال اخر (وفي سن الصبي يسقط اجماعا) لان سن الصبي لاتتقرر في مكانها فوجودها كعدمها فلم يعد قلعها جناية وعن ابي يوسف انه تجب حكومة عدل لمكان الالم الحاصل (وان اعاد الرجل سنه المقلوعة الى مكانها) اى السن (فنبت عليها اللحم لايسقط ارشها اجماعا) وعلى القالع كمال الارش لان هذا لايعتد به اذا العروق لاتعود وقال شيخ الاسلام هذا اذ لم تعد الى حالها الاول بعد النبات

في المنفعة والجمال واما اذا عادت فلاشئ عليه (وكذا لوقطع اذنه فالصقها فالتحمت) يعني يجب على القالع ارشها لانها لاتعود الى ما كانت عليه (ومن قلعت سنه فاقتص من قالعها ثم نبتت) اى نبت مكانها اخرى (فعليه دية سن المقتص منه) لانه تبين انه استوفى بغير حق لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبت مكانها اخرى فانعدمت الجناية (ويستأنى في اقتصاص السن واقتصاص الموضحة حولا) الاستئنان الانتظار كما في المغرب (وكذا لوضرب سنه فتحركت فلو اجله القاضى فجاء المضروب وقد سقطت سنه فاختلفا) في سبب سقوطها (فان قبل مضى السنة فالقول للمضروب وان بعد مضيها) فالقول (للضارب) وفي المنح ضرب سن انسان فتحركت يستأنى حولا ليظهر اثر فعله ولوسقطت سنه واختلفا قبل الحول فالقول للمضروب ليفيد التأجيل بخلاف ما اذا شجه موضحة ثم جاء وقد صارت منقلة حيث يكون القول للضارب لان الموضحة لاتورث المنقلة والتحريك يورث السقوط ولو اختلفا بعد الحول كان القول للضارب لانه منكر وقد مضى الاجل الذى ضرب للسن ولم تسقط فلاشئ على الضارب ولو اسودت بالضرب او احمرت او اخضرت يجب الارش كله لذهاب الجمال ولا يجب القصاص لما قلنا فاوجب في الاسوداد ونحوه كمال الارش ولم يفرق بين سن وسن وقالوا ينبغي ان يفصل بين الاضراس و بين العوارض التى ترى فتجب في الاول حكومة عدل اذا لم يفوت به منفعة المضغ وان فات يجب الارش كله كيف ما كان لفوات الجمال وان اصفرت يجب فيها حكومة عدل وقال زفر يجب فيها ارش السن كاملا لان الصفرة تؤثر في تفويت الجمال كالسواد ولنا ان الصفرة لاتوجب تفويت الجمال ولا تفويت المنفعة فان الصفرة لون السن في بعض الناس ولا كذلك الاسوداد والحمرة والخضرة (ولو شج رجلا فالتحمت ونبت الشعر ولم يبق لها اثر يسقط الارش) عند الامام (وعند ابى يوسف يجب ارش الالم وهو حكومة عدل) لان الشئ الموجب ان زال فالالم الحاصل لم يزل (وعند محمد) عليه (اجرة الطبيب) لان ذلك لزمه بفعله وكانه اخذ ذلك من ماله واعطاه للطبيب وفسر في شرح الطحاوى قول ابى يوسف عليه الارش باجرة الطبيب والمداواة فعلى هذا لاخلاف بين ابى يوسف ومحمد وللامام ان الموجب الاصلى هو الشين الذى يلحقه بفعله وزوال منفعته وقد زال ذلك بزوال اثره والمنافع لاتتقوم الا بالعقد كالاجارة والمضاربة الصحيحتين اوشبه العقد كالفاسد منهما ولم يوجد شئ من ذلك في حق الجانى فلاتلزمه الغرامة وكذا مجرد الالم لايوجب شيئا لانه لاقيمة له (وكذا لوجرحه بضرب فزال اثره) فهو على

الاختلاف المذكور في سقوط الارش عند الامام ووجوب الارش عند ابي يوسف ووجوب اجرة الطبيب عند محمد (وان بقي) اثره (فحكومة عدل بالاجماع وقيد المسئلة بقوله لو جرحه لانه اذا ضربه ولم يجرح في الابتداء لا يجب شئ بالاتفاق كذا في النهاية (ولا يقتص لجرح اوطرف اوموضحة الا بعد البرء وقال الشافعي يقتص منه في الحال لان الموجب قد تحقق فلا يؤخر كما في القصاص في النفس ولنا ماروى عنه عليه السلام انه نهى ان يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه رواه احمد والدار قطني ولان الجراحات يعتبر فيها مآلها لاحتمال ان تسرى الى النفس فيظهر انه قتل فلا يعلم انه جرح الا بالبرء (وكل عمد سقط فيه القود لشبهة كقتل الاب ابنه فالدية فيه في مال القاتل) لما روى عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما موقوفا ومرفوعا لا يعقل العاقلة عمدا ولا صلحا ولا اعترافا (وعمد الصبي والمجنون خطاء وديته على عاقلته ولا كفارة فيه ولا حرمان ارث) وذلك عندنا لعدم القصد الصحيح ولما روى ان مجنونا صال على رجل بسيف فضربه فرفع ذلك الى علي رضي الله تعالى عنه فجعل عقله على عاقلته بمحضر من الصحابة وقال عمده وخطاؤه سواء ولان الصبي مظنة المرحمة والقاتل الخاطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي هو اعذر واولى بهذا التخفيف ولا نم تحقق العمدية فانها تترتب على العلم بالعقل والمجنون عديم العقل والصبي قاصر العقل فانى يتحقق منهما القصد وصار كالنائم وحرمان الميراث عقوبة وهما ليسا من اهل العقوبة والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب تستره لانهما مرفوعا القلم كما في الهداية (والمعتوه كالمجنون في لزوم الدية على عاقلته وعدم لزوم الكفارة وعدم الحرمان عن الارث

❁ فصل ❁

في الجنين (ومن ضرب بطن امرأة فالقت جنينا ميتا فعلى عاقلته غرة خمسمائة درهم) وانما سميت الغرة غرة لانها اقل المقادير في الديات و ... اوله الوجود ولهذا يسمى اول الشهر غرة لانه اول شئ يظهر منه كما في ... ووجبت فيه الغرة خمسمائة درهم سواء كان ذكرا او انثى وهو نصف عشر دية الرجل وعشر دية المرأة والقياس ان لا يجب شئ في الجنين لانه لا يتيقن بحيوته وانما وجب استحسانا لما روى ان النبي عليه السلام قال في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة درهم ويروى او خمسمائة فتركنا القياس بالاثر وهو حجة على ... قدرها ستمائة نحو مالك والشافعي وهي على العاقلة عندنا وقال مالك ... لانه بدل الجزء ولنا انه عليه السلام قضى بالغرة على العاقلة ولانه بدل ...

ولهذا سماه النبي عليه السلام دية حيث قال دوه وقالوا الدى من لا صاح ولا استهل الحديث الا ان العواقل لاتعقل مادون خمسمائة درهم وتجب في السنة وقال الشافعي في ثلاث سنين (فان القته) اى الجنين (حيا ماتت فدية) اى فعليه الدية الكاملة لانه اتلف حيا بالضرب السابق (وان) القت (ميتا) سواء كان الجنين ذكرا اوانثى (ماتت الام فغرة) للجنين (ودية) للام لانه جنى جنايتين فيجب عليه موجبهما فصار كما اذا رمى شخصا ونفذ منه الى آخر فقتله فانه يجب عليه ديتان ان كان خطاء وان كان عمدا يجب القصاص والدية كما في التبيين (وان ماتت) الام (فالقته) اى الجنين (حيا ماتت) الجنين (فديتها) اى تجب دية الام (وديته) اى دية الجنين لانه قاتل شخصين (وان) ماتت الام بالضرب ثم القت الجنين (ميتا فديتها) اى دية الام (فقط) ولا شئ في الجنين وقال الشافعي تجب الغرة في الجنين لان الظاهر موته بالضرب فصار كما اذا القته ميت وهي حية ولنا ان موت الام احد سببي موته لانه يختنق بموتها اذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك (وما يجب في الجنين يورث عنه) لانه بدل نفسه (ولا يرث منه الضارب) لكونه قاتلا مباشرا ظلما ولا ميراث للقاتل بهذه الصفة (وفي جنين الامة نصف عشر قيمته) اى الرقيق (لو ذكرا وعشر قيمته لو) كان (انثى) وقال الشافعي فيه عشر قيمة الام لانه جزء من وجه وضمان الاجزاء يؤخذ مقدارها من الاصل ولهذا وجب في جنين الحرة عشر ديتها بالاجماع وهو الغرة ولنا انه بدل نفسه لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان في الاصل ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل نفس الجنين فيقدر بها (وعند ابي يوسف ان نقصت الام ضمن نقصانها والا فلا ضمان) اى قال ابو يوسف يجب ضمان النقصان لو انتقصت الام لانها الجنين اعتبارا بجنين البهائم لان الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده فيجب الاعتبار على اصله (ان ضربت) اى الامة (فحرر سيدها حملها فالقته حيا فمات تجب قيمته) حيا (لا ديته) لان الحمل ترتب على سببه فسبب القتل هنا الضرب السابق فحمل عليه فوجب قيمته حيا اذ السبب وقع في حالة الرق وقدمر ان العبرة بحالة الرمي لا الوصول فلا تجب الدية (ولا كفارة في) اتلاف (الجنين) لان الشرع انما ورد بايجاب الكفارة في النفوس المطلقة وهو جزء من وجه فلم يكن مورد النص ولا في معناه من كل وجه ولهذا لم تجب فيه دية كاملة وان تبرع بها احتياطا فهو افضل لارتكابه محظورا وقال الشافعي تجب الكفارة لانه نفس من وجه فاتلاف النفس توجب الكفارة لما فيها من معنى العبادة والاستغفار مما صنع (و) الجنين (المستبين بعض خلقه كتام الخلق) اى الجنين

الذى استبان بعض خلقه كالجنين التام فى جميع ماذكر من الاحكام (وان شربت دواء اوعالجت فرجها (لطرح جنينها) حتى طرحته (فالغرة على عاقلتها ان فعلت بلا اذن ابيه) لانها تلفته متعدية فيجب عليها ضمانه وتحمل عنها العاقلة (وان) فعلت ذلك (باذنه فلا) تضمن الغرة عاقلتها اذ لم يوجد منها التعدى بسبب استيذانها والله اعلم

باب مايحدث فى الطريق

لما فرغ من احكام القتل مباشرة عقبه بذكر احكامه تسببا والاول اولى بالتقديم لانه قتل بلا واسطة ولكثرة وقوعه (من احدث فى طريق العامة كنيفا اوميزابا اوجرصنا الجرصن قيل هو البرج وقيل جذع يخرجه الانسان من الحائط ليبنى عليه وقيل هومجرى ماء يركب فى الحائط وهو بضم الجيم وسكون الراء المهملة وضم الصاد المهملة (اودكانا وسعه ذلك ان لم يضر بهم) اى بالعامة لان الطريق معد للتطرق فله الانتفاع مالم تتضرر العامة به وانما قيد بذلك لقوله عليه السلام لاضرر ولاضرار فى الاسلام فاذا تحقق فيه الضرر يأثم باحداثه (ولكل منهم اى من العامة (نزعه) ومطالبته بالنقض لان كل واحد منهم له حق فيه بمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض كما فى الملك المشترك فان لكل واحد حق النقض لو احدث غيرهم فيه شيئا هذا اذا بنى لنفسه واما اذا بنى للمسلمين فلا ينقض كذا روى عن محمد وتفصيل الكلام فى هذا المقام انه هل يحل له احداثه فى الطريق ام لا وهل لاحد الخصومة فى منعه من الاحداث فيه ورفعه بعده وهل يضمن فيما تلف بسبب الاحداث اما الاحداث فقال شمس الائمة ان كان الاحداث يضر باهل الطريق فليس له ذلك وان كان لايضر باحد لسعة الطريق جازله احداثه فيه وعلى هذا القعود فى الطريق للبيع والشراء يجوز ان لم يضر باحد وان اضر لم يجز واما الخصومة فيه فقال الامام لكل احد مسلما كان اوذميا ان يمنعه من الوضع وان يكلفه الرفع اضر اولم يضر ان كان الوضع بغير اذن الامام لان التدبير فى امور العامة مفوض الى رأى الامام وعن ابى يوسف لكل احد ان يمنعه من الوضع قبل الوضع وليس له ان يكلفه الرفع بعد الوضع وعن محمد ليس لاحد ان يمنعه قبل الوضع ولا بعده اذا لم يكن فيه ضرر بالناس لانه مأذون له فى احداثه شرعا واما الضمان بالاتلاف ففيه تفصيله مشروحا (وفى الطريق الخاص لايسعه بلا اذن الشركاء وان لم يضر) لانه مملوك لهم ولذا وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز التصرف اضر بهم اولم يضر الا باذنهم بخلاف العام فانه ليس لاحد فيه ملك فيجوز له

الانتفاع مانه يضر باحد (وعلى عاقلته دية من مات بسقوطه فيهما) كما لو حفر بئرا فى طريق خاص او عام اووضع حجرا فيه فتلف به انسان فتجب على العاقلة ديته لانه متسبب لهلاكه متعد فى احداثه (وكذا لو عثر بنقضه انسان) فتجب الدية على العاقلة لما ذكر من السبب (وان وقع العاثر على آخر فماتا فالضمان على من احدثه) يعنى اذا مات العاثر و الآخر الذى مات بوقوعه عليهما فضمان ديتهما على المحدث فى الطريق مابه الاتلاف لانه بمنزلة الدافع فكان دفعه بيده على غيره ولا ضمان على الذى عثر لانه مدفوع فى هذه الحالة فكان كالآلة (وان اصابه طرف الميزاب الذى فى الحائط فلا ضمان وان) اصابه (الطرف الخارج ضمن) يعنى اذا سقط عليه طرف الميزاب فقتله ينظر ان كان ذلك الطرف متمكنا فى الحائط فلا ضمان على صاحب الميزاب لانه غير متعد فيه لما انه وضعه فى ملكه وان كان الذى اصابه هو الطرف الخارج من الحائط يضمن الذى وضعه لكونه متعديا فيه ولا ضرورة لانه يمكن ان يركبه فى الحائط ولا كفارة عليه ولا يحرم من الميراث لانه ليس بقاتل حقيقة و لو اصابه الطرفان جميعا وعلم ذلك وجب النصف وهدر النصف كما اذا جرحه سبع وانسان فانه يضمن النصف اعتبارا بالاحوال لانه يضمن فى حال ولا يضمن فى حال فيتوزع الضمان على الاحوال لان فيه العطر من الجانبين (كمن حفر بئرا اووضع حجرا فى الطريق فتلف به انسان) قوله فى الطريق متعلق بحفر ووضع على التنازع وقوله فتلف به انسان اى يضمن الدية عاقلته يعنى كما ان من حفر بئرا اووضع حجرا فى طريق فتلف به انسان تكون ديته على عاقلة الحافر او الواضع فكذا تجب الدية على عاقلة من تسبب لتلف انسان بسقوط ما احدث من الكنيف والميزاب والجرصن والدكان (وان تلف به بهيمة فضمانها فى ماله) اى اذا تلف بالحفر او الوضع او السقوط بهيمة فضمان تلك البهيمة فى مال المتسبب بما ذكر اما الضمان فلانه متعد فيه فيضمن واما عدم تحمل العاقلة فلان العاقلة لا تتحمل ضمان المال وانما تتحمل ضمان النفس (و القاء التراب و اتخاذ الطين) فى الطريق (كوضع الحجر) فى وجوب الضمان لان كل ذلك تسبب بنوع من التعدى (وهذا) اى وجوب الضمان (اذا فعله) اى جميع ما ذكر (بلا اذن الامام) فانه يضمن لوجود التعدى (فان فعل شيئا من ذلك باذنه) اى الامام (فلا ضمان) لانه غير متعد حيث فعل ما فعل بامر من له الولاية فى حقوق العامة وان كان بغير امره فهو متعد اما بالتصرف فى حق غيره او بالافتيات على رأى الامام كما فى الهداية والافتيات الاستبداد بالرأى كما فى المغرب وكذا لو حفر فى ملكه لم يضمن غير متعد وكذلك اذا حفر فى فناء داره لان له ذلك لمصلحة داره والفناء فى تصرفه

وقيل هذا اذا كان الفناء مملوكا له اذ كان له حق الحفر فيه لانه غير متعد (ولو مات الواقع فى البئر جوعا او غما فلا ضمان على حافره وان) وصلية حفر (بلا اذن الامام) لانه مات بفعل نفسه وهو الجوع والغم والضمان انما يجب اذا مات من الوقوع (وعند محمد عليه الضمان) فى الوجوه كلها لان ذلك حصل بسبب الوقوع فى البئر ولولا ذلك لما مات جوعا ولا غما (وكذا عند ابى يوسف) عليه الضمان (فى الغم لا فى الجوع) لانه لا سبب للغم سوى الوقوع فيه واما الجوع والعطش فلا يختصان بالبئر (وان وضع حجرا فنحاه آخر فضمان ماتلف به على الثانى) لان فعل الاول قد انتسخ فكان الضمان على الذى نحاه لفراغ ماشغله وانما اشتغل بفعل الثانى موضع آخر (ولو اشرع) اى اخرج (جناحا) اى الطريق قال صاحب القاموس الجناح الروشن وقال الروشن الكوة وقال فى المغرب الروشن الممر على العلو وقال صاحب الكفاية الروشن هو الخشبة الموضوعة على جدار السطحين تمكن من المرور وقال صدر الشريعة اشراع الجناح اخراج الجذوع الى الطريق وهو المناسب ان يراد هنا (فى دار ثم باعها) اى الدار (فضمان ماتلف به) اى بالجناح (عليه) اى على البايع لان فعله وهو الاشراع لم ينفسخ بزوال ملكه عنه (وكذا لو وضع خشبة فى الطريق ثم باعها) اى الخشبة (وبرئ) البايع (الى المشترى) متعلق يبرئ على تضمين معنى الانتهاء كما فى احمد الله اليك (منها) اى من الخشبة (فتركها) اى الخشبة (المشترى فضمان ماتلف بها) اى بالخشبة (على البايع) لان فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو اعنى الوضع موجب للضمان (ولو وضع فى الطريق جمرا فاحرق) ذلك الجمر (شيئا ضمنه) اى يضمن الواضع ما احرقه لانه متعد فى ذلك الوضع (ولو احرق بعد ما حركته) اى الجمر (الريح الى موضع) آخر (لا يضمن) لنسخ الريح فعله (ان كانت) اى الريح (ساكنة عند وضعه) اى الجمر وفى النهاية لو حركت الريح عين الجمر وانما قيد به لان عند بعض اصحابنا ان الريح اذا هبت بشررها فاحرقت شيئا فان الضمان عليه فى ذلك لان الريح اذا هبت بشررها ولم تذهب بعينها فالعين باقية فى مكانها فكانت الجناية باقية فيكون الضمان عليه وقدم ذلك مفصلا وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه هذا اختيار السرخسى وكان الحلوانى لا يقول بالضمان من غير تفصيل (ويضمن من حمل شيئا فى الطريق ماتلف بسقوطه) اى المحمول (منه) اى من الحامل يعنى من حمل شيئا فى الطريق فسقط المحمول على انسان اوغيره فتلف ضمن الحامل لان حمل المتاع فى الطريق على رأسه او على ظهره مباح له لكنه مقيد بشرط السلامة بمنزلة الرمى الى الهدف او الصيد

(وكذا) يضمن (من ادخل حصيرا) اوقنديلا (او حصاة الى مسجد غيره) اى غير حيه (بلا اذن فعطب به احد) هذا عند الامام لان تدبير امور المسجد مسند الى اهله دون غيره فيكون فعل الغير تعديا اومقيدا بشرط السلامة فقصد القربة والخير لا ينافي الغرامة اذا اخطاء الطريق (خلافا لهما) لان عندهما لا يضمن لان القربة لا تتقيد بشرط السلامة (ولو ادخل هذه الاشياء الى مسجد حيه لا يضمن اجماعا) لان هذه من القرب وكل واحد مأذون فى اقامة ذلك فلا يتقيد بشرط السلامة فكان ما فعلهم مباحا مطلقا (وكذا) لا يضمن (لو تلف شئ بسقوط رداء هو لابسه) اذ اللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيقع الحرج بالتقييد بوصف السلامة وعند محمد اذا لبس ما لا يلبس عادة كدروع الحرب والجوالق فسقط على انسان فتلف يضمن لان هذا اللبس بمنزلة الحمل وفى الحمل يضمن (ومن جلس فى مسجد غير مصل فعطب به احد ضمنه) عند الامام (خلافا لهما) فانهما قالا لا يضمن على كل حال والى هذا اشار بقوله (ولا فرق بين جلوسه لاجل الصلوة اولتعليم اولقراءة القرآن اولنام فيه فى اثناء الصلوة او بين ان يمر فيه لحاجة) من الحوائج (اويقعد للحديث) وذكر صدر الاسلام ان الاظهر ما قالاه لان المسجد انما بنى للصلوة والذكر ولا يمكنه اداء الصلوة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس مباحا لانه من ضرورات الصلوة فيكون ملحقا بها لان ما ثبت ضرورة لشئ يكون حكمه كحكمه وللامام ان المسجد بنى للصلوة وهذه الاشياء ملحقة بها فلا بد من اظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للاصل مباحا مطلقا والجلوس لما يلحق به مباحا مقيدا بشرط السلامة ولا عذر وان يكون الفعل مباحا اومندوبا اليه وهو مقيد بشرط السلامة كالرمى الى الكافر والى الصيد والمشى فى الطريق والمشى فى المسجد اذا وطئ غيره والنوم فيه اذا انقلب على غيره وذكر شمس الائمة ان الصحيح من مذهب الامام ان الجالس للانتظار لا يضمن وانما الخلاف فى عمل لا يكون له اختصاص بالمسجد كقراءة القرآن ودرس الفقه والحديث (ولا) فرق ايضا (بين مسجد حيه وغيره) فى الصحيح (اما المعتكف فقيل على هذا الخلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف) وذكر الفقيه ابو جعفر سمعت ابابكر يقول ان جلس لقراءة القرآن اومعتكفا لا يضمن بالاجماع كما فى المنح (وفى الجالس مصليا لا يضمن اجماعا وان كان) الجالس (من غير اهله) لان المسجد بنى للصلوة فلا يكون متعديا بذلك (ولو استأجر رب الدار عملة) جمع عامل (لاخراج الجناح او الظلة) من الدار (فتلف به) اى بالاخراج شئ فالضمان عليهم) ان كان التلف (قبل فراغ عملهم) لان التلف بفعلهم

ومالم يفرغوا لم يكن العمل مسلما الى رب الدار وهذا لانه انقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير داخل فى عقده فلم يتسلم فعلهم اليه فاقتصر عليهم (وان) كان التلف (بعده) اى بعد فراغ عمله (فعليه) اى الضمان يكون على المستأجر استحسانا لانه صح الاستيجار حتى لو استحقوا الاجر ووقع فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه فكانه فعل بنفسه فلهذا يضمنه (ويضمن من صب الماء فى الطريق العام ماعطب به) لانه متعد فيه بالحاق الضرر بالمارة (وكذا اذا رشه) اى رش الماء (بحيث يزلق فيه) من مشى عليه (اوتوضأ به) اى بالماء فى الطريق (واستوعب) الماء (الطريق) فعطب به احد لماسبق انه متعد فى ذلك الفعل بالحاق الضرر بالمارة (وان فعل شيئا من ذلك) المذكور من الصب والرش والوضوء (فى سكة غيرنافذة وهو) اى الفاعل (من اهلها) اى من اهل تلك السكة (اوقعد فيها) اى فى تلك السكة (اووضع متاعه فيها لا يضمن) لان لكل واحد ان يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما فى الدار المشتركة فانه يجوز لكل واحد من الشركاء ان يفعل فيها ماهو من ضرورة السكنى (وكذا) لايضمن (ان رش مالا يزلق به عادة او) توضأ به و(استوعب) الماء (بعض الطريق) لا كله (فتعمد المار المرور عليه) اى على بعض الطريق الذى فيه الماء مع امكان ان لايمر عليه لانه هو الذى خاطر بنفسه فصار كمن وثب على البئر من جانب الى جانب فوقع فيها بخلاف ما اذا لم يعلم فوقع من غير علم بان كان المرور ليلا اوكان المار اعمى فانه يضمن (ووضع الخشبة فى الطريق كالرش فى استيعاب الطريق وعدمه) يعنى اذا استوعبت الخشبة الطريق يضمن وان لم تستوعبه لايضمن وفى المنح ولو حفر فى مفازة اونحوها من الطريق فى غير الامصار اوضرب فسطاطا اونصب تنورا اوربط دابة لم يضمن كما فى منية الفقهاء وفيه حفر بئرا فى طريق مكة اوغيره من الفيافى لم يضمن بخلاف الامصار دون الفيافى والصحارى لانه لايمكن العدول عنه فى الامصار دون الصحارى (وان رش فناء حانوت باذن صاحبه فالضمان على الآمر استحسانا كما لواستأجره) اى الاجير (ليبنى له فى فناء حانوته فتلف به شئ بعد فراغه) فانه يجب الضمان على الآمر دون الاجير (ولو كان امره بالبناء فى وسط الطريق فالضمان على الاجير) لفساد الامر (ولو كنس الطريق لايضمن ماتلف بموضع كنسه) وفى الكافى وان استأجر اجيرا ليبنى له فى فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فمات يضمن الآمر استحسانا ولو امره بالبناء فى وسط الطريق ضمن الاجير لفساد الامر بخلاف البناء لانه لايباح له فيما بينه وبين ربه احداث مثل ذلك فى فنائه اذا كان لايتضرر به

غيره وقدجرت العادة بذلك فى بلاد المسلمين فاعتبر امره فى ذلك ولكن لما كان البناء غير مملوك له يتقيد بشرط السلامة ولوكنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان لم يضمن لانه مااحدث فى الطريق شيئا وانما كنس الطريق لئلا يتضرر به المارة ولا يوذيهم التراب ولايكون هومتعديا فى هذا التسبب (ولوجمع الكناسة فى الطريق ضمن ماتلف بهـا) اى بالكناسـة لتعديه بموضع شغله الطريق (ولاضمان فى ماتلف ببنيء فعل فى الملك) لانه مأذون فيه سرعا فلايكون متعديا (اوفى فناء) عطف على تلف (له) اى للمـالك (فيه) اى فى ذلك الفنـاء (حق التصرف) بان لم يكن للعـامة ولامشتركا لاهل سكة غير نافذة لان ذلك لمصلحة داره والفناء فى تصرفه وفى الهداية اما اذا كان لجماعة المسلمين اومشتركا بان كان فى سكة غير نافذة فانه يضمنه لانه مسبب متعد لفعله فى غير ملكه (وان استأجر من حفرله فى غير فنائه فالضمـان على المستأجر) لاعلى الاجير (ان لم يعلم الاجير انه غير فنائه) لان الاجير يعمل له ولهذا يستوجب عليه وقدصار مغرورا من جهته حيث لم يعلمه انذلك ليس من فنائه وانما حفر اعتمادا على امره فلدفع ضرر الغرور نقل فعله الى الآخر (وان علم) لاجير انه غير فنائه (فعلى الاجير) اى يجب الضمان على الاجير لم يصح امره لانه لايملك ان يفعل بنفسـه ولاغرور من جهته لعلمه بذلك فبقى مضافا اليه (وان قال) المستأجر (هوفنائى وليس لى فيه حق الحفر فالضمان على الاجير قياسا) لعلمه بفساد الامر فلم يوجد الغرور (وعلى المستأجر استحسانا) لان كونه فناءله بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده فى التصرف من القـاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبنـاء الدكان فكان امرا بالحفر فى ملكه ظـاهرا بالنظر الى ماذكرنا فكفى ذلك لنقـل الفعل اليه قال شيخ الاسـلام اذا كان الطريق معروفا انه للعامة ضمن سواء قال له انه لى اولم يقل لعلمه بفساد امره (ومن بنى قنطرة) اى على نهر كبير (بغير اذن الامام فتعمد احد المرور عليهـا) اى على تلك القنطرة (فعطب فلاضمـان على البانى) لانه اذا تعمد المرور وكان بصيرا او يجد موضعا آخر للمرور صار كانه اتلف نفسـه فنسب التلف اليه دون المتسبب فاذا لم يتعمد بان كان اعمى اوم ليلا يضمن اذا وضعه بغير اذن الامام اما اذا وضعه باذن الامام فلايضمن

﴿ فصل فى الحائط المائل ﴾

لماذكر احكام مسائل القتل التى تتعلق بالانسـان مباشرة وتسببا شرع فى بيان احكام القتل المتعلقة بالجمـاد (ان مال حائط الى طريق العامة فطولب ربه) اى رب الحائط (بنقضـه من مسـلم او ذمى) رجل او امرأة حر اومكاتب

لان الناس فى المرور شركاء ممن يملك نقضه وهدمه فيصح التقدم من كل واحد منهم (واشهد عليه) بان يقول ان حائطك هذا مخوف اومائل فانقضه حتى لايسقط اواهدمه فانه مائل والاشهاد بعد الطلب ليس بشرط فيكون ذكر الاشهاد فيما ذكر ليتمكن من اثبات الطلب عند الانكار فيكون من قبيل الاحتياط وهذا لاينفى وجود معنى الاشهاد اذا وقع الطلب عند الشهود بل ينبغى الاشهاد بلفظ اشهد واو تدل عليه عبارة الاشهاد وفى المنح لو قال اشهدوا انى تقدمت الى هذا الرجل فى هدم حائطه هذا صح ايضا ولو قال ينبغى لك ان تهدمه فهذا ليس بطلب ولا اشهاد بل هو مشورة (فلم ينقضه فى مدة يمكن نقضه فيها فتلف به) اى بانهدامه (نفس اومال ضمن عاقلته) اى عاقلة رب الحائط (النفس و) ضمن (هو) اى رب الحائط (المال) والقياس ان لايضمن وهو قول الشافعى لانه لم يوجد منه صنع هو متعد فيه لانه بنى الحائط فى ملكه والسقوط والميلان ليس من صنعه فلا يضمن كما قبل الاشهاد وجه الاستحسان انه اذا مال الى الطريق فقد شغل هواء الطريق بحائطه ووقع فى يده هواء المسلمين ورفعه فى يده فاذا طولب بالنقض وتفريغ الهواء عن هذا الشغل لزمه ذلك فاذا لم يفرغ مع التمكن صار جانيا كانه شغله ابتداء باختياره (كذا لوطولب به من يملك نقضه كاب الطفل) الذى وقع فى عامة النسخ بدون الياء فى اب لكن الصحيح ان يرسم بالياء (ووصيه) لقيام الولاية لهما بالنقض فى حقه (والراهن) فيصح التقدم اليه لقدرته على النقض بفك الرهن وارجاع المرهون الى يده (والعبد التاجر) ولو مديونا لان له ولاية النقض ثم ما تلف بالسقوط ان كان مالا فهو فى رقبته وان كان نفسا فعلى عاقلة المولى لو كان له عاقلة لان الاشهاد من وجه على المولى وضمان المال اليق بالعبد وضمان النفس بالمولى (والمكاتب) لانه مالك يدا فيكون ولاية النقض له وضمان ماتلف نفسا اومالا فيه حكم ضمان ماتلف فى العبد التاجر (ولا يضمن ان باعه) اى الحائط ربه (بعد الاشهاد وسلمه الى المشترى فسقط) لانه خرج عن ملكه بالبيع سواء قبضه المشترى اولا كما فى الدرر وعزاه الى الكافى وليس فى الهداية لفظ اولا وفى الجوهرة شرط ان يكون بعد القبض حيث قال ولو باع الدار بعد ما اشهد عليه وقبضها المشترى برئ من ضمانه وفى المنح فان قلت هل قولهم خرج عن ملكه ببيع قيد اولا قلت ليس بقيد بل غير البيع كذلك كالهبة ونحوها قال فى الحاوى القدسى اذا اشهد على صاحب الحائط المائل بالنقض ثم خرج الحائط عن ملكه ببيع اوغيره بطل الاشهاد والتقدم حتى اذا عاد الى ملكه فسقط بعد تمكن النقض او قبله لايجب عليه الضمان بذلك الاشهاد

انتهى (ولا) يضمن (ان طولب به) اى بالنقض (من لا يملكه) اى النقض (كالمرتهن والمستأجر والمودع) لانه ليس لهم قدرة على التصرف فلا يفيد طلب النقض منهم ولهذا لا يضمنون بما تلف من سقوطه (وان بناه) اى الحائط صاحبه (مائلا ابتداء ضمن ماتلف بسقوطه وان لم يطالب بنقضه كما فى اشراع الجناح ونحوه) وهو اخراج الجذوع من الجدار الى الطريق والبناء عليه والكنيف لتعديه بالبناء على هذه الكيفية (فان مال) اى الحائط (الى دار رجل فالطلب لربها) اى لرب الدار لان الطلب حق له (اوساكنها) اى ساكن الدار فللسكان ان يطالبوه لان لهم المطالبة بازالة ماشغل الدار فكذا بازالة ماشغل هواءها (فيصح تأجيله وابراؤه) اى يصح تأجيل كل من مالك الدار وابراؤه حتى لو سقط بعد مدة الاجل وبعد الابراء وتلف به شئ لا يضمن لان الحق له فيصح تأجيله واسقاطه (ولا يصح التأجيل فيما مال الى الطريق) لان الحق لجماعة الناس (ولو كان) اى التأجيل (من القاضى او المشهد) لانه حق المارة وليس للقاضى ولا للمشهد على صيغة اسم الفاعل ابطال حقهم (ولو كان الحائط بين خمسة فاشهد) على صيغة المفعول (على احدهم) اى احد الخمسة (ضمن خمس ماتلف به) عند الامام ويكون ذلك على عاقلته (وعندهما نصفه) اى نصف ماتلف به لان التلف بنصيب من اشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر فانقسما قسمين ولهذا قالا بضمان النصف كما مر فى عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل حيث يلزم الجارح نصف الدية وللامام ان الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر لان اصله ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلل واذا كان كذلك يضاف الى الواحدة ثم يقسم على اربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة التلف بنفسها صغرت او كبرت الا ان عند المزاحمة اضيف الى الكل لعدم الاولوية كما فى الهداية (وان حفر احد ثلثة فى دارهى لهم بئرا بغير اذن شريكيه او بنى حائطا ضمن ثلثى ماتلف به) عند الامام (وعندهما) ضمن (نصفه) اى نصف ماتلف به والدليل من الجانبين هو ماذكر فى مسئلة الشركاء السالفة قبيل هذا

باب جناية البهيمة والجناية عليها

(يضمن الراكب) اى فى طريق العامة وانما قيد به لانه لو كان ملكه لا يضمن شيئا لانه غير متعد بخلاف ما اذا كان فى طريق العامة فيضمن للتعدى (ماوطئت دابته اواصابت بيدها او رجلها اورأسها اوكدمت اوخبطت برجلها

اوصدمت) والاصل فى هذا ان المرور فى طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة بمنزلة المشى لان الحق فى الطريق مشترك بين الناس فهو يتصرف فى حقه من وجه وفى حق غيره من وجه فالجناية مقيدة بشرط السلامة وانما تقيد بشرط السلامة فيما يمكن التحرز عنه دون مالا يمكن التحرز عنه لانا لو شرطنا عليه السلامة عمالا يمكن لم تحرز عنه يتعذر عليه استيفاء حقه لانه يمتنع عن المشى والسير مخافة ان يبتلى بمالا يمكن ان يتحرز عنه والتحرز عن الوطئ والاصابة باليد او الرجل والكدم وهو العض بمقدم الاسنان او الخبط وهو الضرب باليد او الصدم وهو الضرب بنفس الدابة وماشبه ذلك فى وسع الراكب اذا امعن النظر فى ذلك واما مالا يمكن التحرز عنه فهو ماذكره بقوله (لامانفحت برجلها اوذنبها) قال فى المغرب يقال نفحت الدابة بالفاء والحاء المهملة اى ضربت بحد حافرها هذا اذا كانت سائرة (الااذا اوقفها) اى الراكب الدابة فى الطريق فانه ح يضمن بالنفحة سواء كانت بالرجل او بالذنب لانه يمكنه التحرز عن الايقاف وان لم يمكنه التحرز عن النفح فصار متعديا فى الايقاف وشغل الطريق به (ولاماعطب بروثها او بولها سائرة اوواقفة) يعنى اذابالت اوراثت فى الطريق وهى تسير فعطب به انسان لاضمان عليه لانه لايمكن التحرز عنه وكذا اذا اوقفها لذلك فلا ضمان لان من الدواب مالا يفعل ذلك حتى يقف فهو ايضا ممالا يمكن التحرز عنه فلهذا لا يضمن بذلك سواء كانت سائرة اوواقفة (لاجله) اى لاجل الروث او البول (وان اوقفها لالاجله) اى لالاجل الروث او البول (ضمن ماعطب به) اى بالروث او البول لانه يكون متعديا فى الايقاف لانه ليس من ضرورات السير (فان اصابت بيدها او رجلها حصاة او نواة اواثارت غبارا اوحجرا صغيرا ففقأ) اى كل واحد مماذكر (عينا) فذهب ضوءها (اوافسد ثوبا لايضمن) لانه لا يمكنه التحرز عنه فان سير الدابة لايعرى عنه (وان) كان حجرا (كبيرا ضمن) لانه ممايستطاع الامتناع عنه فسير الدواب ينفك عنه وانما يكون لخرق منه فى السير (ويضمن القائد مايضمنه الراكب وكذا السائق فى الاصح) لان الدابة فى ايديهم وهم يسيرونها ويصرفونها كيف شاؤا وهو مختار اكثر المشايخ (وقيل) قائله القدورى (يضمن) اى السائق (النفحة ايضا) ولايضمنها الراكب والقائد قال البرجندى وذكر القدورى فى مختصره ان السائق ضامن لما اصابت بيدها اورجلها والقائد ضامن لمااصابت بيدها دون رجلها يعنى النفحة لان السائق يرى النفحة فيمكنه التحرز عنها والقائد لا يراها ولايخفى ان هذا الفرق غير مؤثر فى تمكن الاحتراز (ولا كفارة عليهما) اى على السائق والقائد (ولا حرمان ارث اووصية)

لانهما يختصان بالمباشرة وليسا من احكام التسبيب ولا يخفى انه لو اتى بالواو دون او لكان انسب ولعله اتى باو بناء على عدم جواز الوصية للوارث (بخلاف الراكب فيما اوطأته) الدابة (بيدها او برجلها) فان عليه الكفارة وحرمان الارث والوصية وذلك لتحقق المباشرة منه فان التلف بثقله وثقل الدابة تبع له فان سير الدابة مضاف اليه وهى آلة له وهما سببان لانه لا يتصل منهما الى المحل شئ (وان اجتمع الراكب والقائد اوالراكب والسائق فالضمان عليهما) اى عند البعض لان كل ذلك سبب للضمان (وقيل على الراكب وحده) دون السائق والقائد لان الراكب مباشر فيه كما ذكرنا والسائق متسبب فالاضافة الى المباشر اولى (وان اصطدم فارسان خطاء) اى ضرب احد هما الآخر بنفسه (او) اصطدم (ماشيان فماتا ضمن عاقلة كل) اى كل واحد (دية الآخر) عندنا لان هلاكه اما مضاف الى فعل نفسه اوفعل صاحبه اوفعلهما معا لاسبيل الى الاول لان فعله مباح لا يصلح فى حق نفسه ان يضاف اليه الهلاك فضلا عن ان يصلح فى حق الضمان ولا الى الثالث لان ما يركب من صالح وغير صالح ليس بصالح فثبت الثانى فانه وان كان فعلا مباحا وهو المشى فى الطريق الا انه فى حق غيره يصلح ان يضاف اليه الهلاك فيصلح ايضا فى حق الضمان وعند زفر والشافعى يجب على عاقلة كل منهما نصف دية الآخر لان كل واحد عطب بفعله وفعل صاحبه فكان نصفين احدهما معتبر والآخر هدر قيل لو كانا عامدين فى الاصطدام يضمن كل واحد نصف الدية للآخر اتفاقا وقيل هذا لو وقع كل واحد منهما على قفاه لتحقق فعل الاصطدام ولو وقع على وجهه فلاشئ على واحد منهما وان وقع احدهما على قفاه والآخر على وجهه فدم الذى وقع على وجهه هدر قيل يجب عند الشافعى نصف الدية سواء وقع على قفاه اوظهره اووجهه (وان تجاذبا حبلا فانقطع الحبل فماتا فان وقعا) اى كل واحد منهما (على ظهرهما فهما هدر) لان كل واحد مات بقوة نفسه (وان) وقعا (على وجههما فعلى عاقلة كل) واحد منهما (دية الآخر) لان كل واحد منهما مات بقوة صاحبه (وان اختلفا) اى وقع احدهما على القفاء والاخر على الوجه (فدية من وقع على وجهه على عاقلة من وقع على ظهره) فالذى على القفاء لادية له (وان قطع آخر الحبل) اى ان تجاذبا الحبل فقطعه انسان آخر فوقع كل منهما على القفاء (فماتا فديتهما على عاقلته) اى عاقلة القاطع لانه مضاف الى فعله فكان سببا (وان ساق دابة فوقع سرجها اوغيره من ادواتها) كاللجام ونحوه ولا يحمل عليها (على انسان فمات ضمن السائق) لانه متعد فى هذا التسبيب لان الوقوع تقصير منه وهو ترك الشد

والاحكام فيه بخلاف الرداء لانه لايشد في العادة ولايقيد بشرط السلامة ولانه قاصد لحفظ هذه الاشياء كما في المحمول على عاتقه دون اللباس فيقيد بشرط السلامة (وكذا) يضمن (قائد قطار وطئ بعير منه) اى من ذلك القطار (انسانا وضمان النفس على عاقلته و) ضمان (المال في ماله) لان القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد امكنه التحرز عنه فصار متعديا بالتقصير في الحفظ والتسبيب بوصف التعدى سبب الضمان (وان كان مع القائد سائق فالضمان عليهما) لان قائد الواحد قائد الكل وكذا سائقه لاتصال الازمة وهذا اذا كان السائق في جانب الابل اما اذا توسطها واخذ بزمام واحد يضمن ماعطب بما هو خلفه ويضمنان ماتلف بما بين يديه لان القائد لايقود ماخلف السائق لانفصام الزمام والسائق يسوق مايكون قدامه ولو كان رجل راكبا على بعير وسط القطار ولايسوق منها شيئا لم يضمن مااصابت الابل التى بين يديه لانه ليس بسائق لها وكذا مااصابت الابل التى خلفه لانه ليس بقائد لها الا اذا كان اخذ بزمام ماخلفه اما البعير الذى هو راكبه فهو ضامن لما اصابه فيجب عليه وعلى القائد غير مااصابه بالايطاء فان ذلك ضمانه على الراكب وحده لانه جعل فيه مباشرا حتى جرى عليه احكام المباشرين كما في التبيين (فان ربط بعير على قطار بغير علم قائده فعطب به) اى بالبعير المربوط (انسان ضمن عاقلة القائد الدية) لانه قائد للكل فيكون قائدا لذلك والقود سبب قريب لوجود الضمان فلايسقط الضمان المحقق بجهله (ورجعوا) اى عاقلة القائد (بها) اى بهذه الدية (على عاقلته) اى عاقلة الرابط قال صدر الشريعة اقول ينبغى ان يكون في مال الرابط لان الرابط اوقعهم في خسران المال وهذا مما لاتحمله العاقلة انتهى ويجاب عنه بان الرابط لما كان متعديا فيما صنع صار في التقدير هو الجانى واذا كان كذلك وجبت الدية على عاقلته فان قيل ان كل واحد منهما مسبب فكان ينبغى ان يجب الضمان على القائد والرابط ابتداء اجيب بان القود بمنزلة المباشرة بالنسبة الى الربط لاتصال التلف به دون الربط فيجب عليه الضمان وحده ثم يرجع على عاقلته قالوا هذا اذا ربط والقطار يسير لان الرابط امر بالقود دلالة واذا لم يعلم لايمكنه التحفظ عنه ولكن جهله لاينفى وجوب الضمان عليه لتحقق الاتلاف منه وانما ينفى الاثم فيكون قرار الضمان على الرابط واما اذا ربط والابل واقفة ضمنها عاقلة القائد ولايرجعون به على عاقلة الرابط لانه قاد بعير غيره بغير اذنه لاصريحا ولادلالة فلايرجع بما لحقه على احد وتمامه في التبيين فليطالع (ومن ارسل بهيمة او كلبا وساقه) بان يمشى خلفه فاصاب احدهما مملوكا (ضمن مااصاب في فوره)

اى فور الارسال بان لايميل يمنة او يسرة لان فعله ينتقل الى المرسل بسوقه كما يضاف فعل المكره الى المكره فيما يصلح آلةله (وفى الطير لايضمن وان ساقه) والفرق ان بدن البهيمة والكلب يحتمل السوق فاعتبر سوقه وبدن الطير لايحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة (وكذا) لايضمن (فى الدابة والكلب اذا لم يسق) لكون كل واحد من الدابة والكلب مستقلا فى فعله (او انفلت) اى الدابة (بنفسها ليلا اونهارا فاصابت مالا او نفسا) لايضمن صاحبها لقوله عليه السلام جرح العجماء جبار قال محمد هى المنفلتة ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم مايوجب النسبة اليه من الارسال وغيره وفى الهداية اذا ارسل دابة فى طريق المسلمين فاصابت فى فورها فالمرسل ضامن لان سيرها مضاف اليه مادامت تسير على سننها ولوا نعطفت يمنة او يسرة انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن له طريق آخر سواه وكذا اذا وقفت ثم سارت بخلاف ما اذا وقفت بعد الارسال فى الاصطياد ثم سارت فاخذ الصيد يعنى يحل صيده لان تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل وهذه الوقفة من الدابة تنافى مقصود المرسل فتقطع حكم الارسال وبخلاف ما اذا ارسله الى صيد فاصاب نفسا او مالا فى فوره حيث لايضمن المرسل وفى الارسال فى الطريق يضمنه لان شغل الطريق تعد فيضمن ماتولد منه اما الارسال للاصطياد فباح ولا تسبيب الا بوصف التعدى ولو ارسل بهيمة فافسدت زرعا على فورها ضمن المرسل وان مالت يمينا وشمالا وله طريق آخر لايضمن وفى الكافى ومن فتح باب قفص وطار الطير او باب الاصطبل فخرجت الدابة وضلت لايضمن الفاتح لانه اعترض على التسبيب فعل فاعل مختار وقال محمد يضمن لان طيران الطير هدر شرعا وكذا فعل كل بهيمة فكأنه خرج بلا اختيار فيضمن كما لو شق زقا فسال مافيه (ومن ضرب دابة عليها راكب اونخسها) اى الدابة والنخس الطعن (فنفحت او ضربت بيدها احدا) مفعول نفحت وضربت على سبيل التنازع (اونفرت) اى الدابة من ضربه اونخسه (فصدمته) اى ضربت بنفسها احدا (فمات ضمن هو) اى ضارب الدابة او الناخس (لا الراكب ان فعل) اى الضارب او الناخس (ذلك) اى الضرب والنخس (حال السير) اى سير الدابة لان الضارب او الناخس متعد فى تسبيبه والراكب غير متعد فيترجح جانبه فى التغريم للتعدى (وان اوقفها لا فى ملكه فعليهما) اى ان اوقف الدابة راكبها فى غير ملكه والمسئلة بحالها فالضمان عليهما نصفين وانما قيد بقوله لا فى ملكه لانه اذا اوقفها فى ملكه لايضمن الراكب ايضا (وان نفحت) الدابة (الناخس فدمه هدر) لانه بمنزلة الجانى على نفسه

(وان القت) الدابة (الراكب) فمات (فضمانه على الناخس) اى على عاقلته لانه متعد فى تسببه فقيه الدية على العاقلة (وان فعل ذلك) اى الضرب اوالنخس (باذن الراكب فهو كفعل الراكب) ولاضمان عليه فى نفحتها لان الراكب له ولاية نخس الدابة وضربها فاذا امر غيره بما يملك مباشرته جعل فعل المأمور كفعل الآمر (لكن ان وطئت) الدابة (احدا فى فورها) من غير ان تميل يمنة اويسرة (بعدالنخس بالاذن فديته عليهما) لانه قدنخسها الناخس باذن الراكب فالدية عليهما اذا كانت فى فورها الذى نخسها الان سيرها فى تلك الحالة مضاف اليها والاذن يتناول فعل السوق ولايتناوله من حيث انه اتلاف فن هذا الوجه يقتصر عليه فالركوب وان كان علة للوطئ فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط اوعلة للسير والسير علة للوطئ وبهذا لايترجح صاحب العلة كمن جرح انسانا فوقع فى بئر حفرها غيره على قارعة الطريق ومات فالدية عليهما كما ان الحفر شرط وجود علة اخرى وهو الوقوع دون علة الجرح فكذا هذا (ولايرجع الناخس على الراكب فى الاصح) لانه لم يأمره بالايطاء والنخس ينفصل عنه والتلف انما حصل بالوطئ (ولوامر صبيا يستمك على دابته بتسييرها فوطئت انسانا فمات) ضمن عاقله الصبى ديته (ولا يرجع عاقلة الصبى بماغرموا من الدية على الآمر) لانه امره لانه بالتسيير والايطاء ينفصل عنه وانما قال فى الاصح احترازا عما قيل يرجع الناخس على الراكب بما ضمن فى الايطاء فعله بامره فرجع بما لحقه من العهدة عليه (وكذا لو ناول لصبى سلاحا فقتل به احدا) فانه يضمن ولايرجع على المناول (وكذا الحكم فى نخسها ومعها قائد اوسائق) يعنى من قاد دابة اوساقها فنخسها رجل آخر فانفلتت واصابت فى فورها فالضمان على الناخس وكذا اذا كان لها سائق فنخسها غيره لانه مضاف اليه كذا فى الهداية (وان نخسها شئ منصوب فى الطريق فالضمان على من نصبه) لان الناصب متعد بشغل الطريق فاضيف اليه كانه نخسها بفعل نفسه (ولافرق بين كون الناخس صبيا اوبالغا) لان الصبى كالبالغ يؤاخذ بافعاله فيكون الضمان فى ماله وفى الكافى نقلا عن المبسوط ان كان الناخس صبيا فهو كالرجل فى ان ضمان الدية تجب على عاقلته لانه يؤاخذ بافعاله ومافى الهداية واذا كان صبيا ففى ماله يحتمل ان يراد به اذا كانت الجناية على المال اوفيما دون ارش الموضحة (وان كان) اى الناخس (عبدا فالضمان فى رقبته) فيدفعه المولى بالضمان اويفديه (وجمع مسائل هذا الفصل والذى قبله ان كان الهالك آدميا فالدية على العاقلة وان كان) الهالك (غيره) اى غير الآدمى (فالضمان فى مال الجانى) لماتقرران العواقل لايتحملون

ضمان المال (ومن فقأ عين شاة قصاب ضمن ما نقصها) من حيث المالية لان المقصود منها اللحم فقط دون العمل فلا يعتبر فيها الا النقصان بلا تقدير وقيد بالعين لان في العينين صاحبها بالخيار ان شاء تركها على الفاقئ وضمنه القيمة كاملة وان شاء امسكها وضمنه النقصان كما في التبيين (وفي عين الفرس او البغل او الحمار او بعير الجزار او بقرته ربع القيمة) لما روى انه عليه السلام قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضي الله عنه ولان اقامة العمل انما يكون باربع اعين عيناها وعينا المستعمل لها فصارت كانها ذات اعين اربع فيجب الربع بفوات احدها وقال الشافعي يجب النقصان كما في الشاة قيل والقصاب ليس بقيد فالحكم في كل بقرة وبعير ربع القيمة في العين الواحدة وفي كل شاة النقصان وانما وضع المسئلة في بقرة الجزار وجزوره لئلا يتوهم انهما معدان للحم فيكون حكمها حكم الشاة وترك في الاصلاح اضافة الشاة الى القصاب معللا بقوله لما فيه من مظنة الاختصاص خصوصا عند ملاحظة التعليل وليس بصحيح وجوابه ان وضع المسئلة في شاة القصاب ايضا لئلا يتوهم انها معدة للحم فلا يعتبر النقصان فيما لا يتعلق باللحم بل يوجد نقصان في ماليتها لكونها في حكم اللحم باعتبار المآل

﴿ جناية الرقيق والجناية عليه ﴾

لما فرغ من بيان احكام جناية المالك وهو الحر والجناية عليه شرع في بيان احكام جناية المملوك وهو العبد واخره لانحطاط رتبة العبد عن رتبة الحر كما في شروح الهداية ولقائل ان يقول انه ما وقع الفراغ من بيان احكام جناية الحر مطلقا بل بقي منه جناية الحر على العبد وهو انما يتبين في هذا الباب فالاظهر ان يقال لما فرغ من بيان جناية الحر على الحر شرع في بيان جناية المملوك والجناية عليه ولما كان فيه تعلق بالمملوك البتة من جانب اخره لانحطاط المملوك رتبة من المالك اعلم انهم اختلفوا في موجب جناية العبد قيل موجبها الارش لان النصوص مطلقة من غير فصل الا ان للمولى ان يتخلص بالدفع تخفيفا عليه وقيل موجبها الدفع وللمولى ان يتخلص بالفداء ولهذا يبرأ المولى بهلاكه ولو كان الموجب الاصلي غيره لما برئ بهلاكه لانه يفوت به الدفع لا الفداء (جنايات المملوك لا توجب الا دفعا واحدا لو كان محلا للدفع) بان كان قنا وهو الذي لم ينعقد له شئ من اسباب الحرية كالتدبير وامومة الولد والكتابة (والا) اى وان لم يكن محلا للدفع بان كان له شئ من اسباب الحرية المذكورة فيما سلف (ف) توجب (قيمة واحدة لو كان (غير محل له) اى للدفع ولا يخفى ان قوله والا يفيد ما صرح به من قوله

غير محل له فهو مستدرك بلا فائدة وفرع بقوله (فلو جنى عبد خطاء) هكذا في الهداية وغيرها والتقييد بالخطاء هنا انما يفيد في الجناية في النفس لانه اذا كان عمدا يجب القصاص واما فيما دون النفس فلا يفيد لان خطاء العبد وعمده فيما دون النفس سواء فانه يوجب المال في الحالين اذ القصاص لايجرى بين العبد والعبد ولا بين العبيد والاحرار فيمادون النفس هذا اذا كان العبد كبيرا واما اذا كان صغيرا فعمده كالخطاء (فان شاء مولاه دفعه) اى العبد (بها) اى بالجناية (فيملكه وليها) اى ولى الجناية (وان شاء فداه بارشها) اى الجناية وذلك لان العبد لامال له ولا عاقلة ولا يمكن اهدار الدم فجعلت رقبته مقام الارش الا انه خير المولى بين الدفع والفداء لئلا يفوت حقه في العبد بالكلية (حالا) قيد للدفع والفداء جميعا اما الدفع فلانه عين ولا تأجيل في الاعيان واما الفداء فلانه بدل العين فيكون في حكمه ثم الاصل عند الامام ان الخطاء هو الارش وعندهما الاصل هو ان يصرف المال الى الجناية كما في العمد فاذا اختار المولى الفداء وليس عنده مايؤدى فالعبد عبده عند الامام و يؤدى الارش متى وجد وعندهما ان لم يؤد الدية في الحال فعليه الدفع الا ان يرضى الاولياء وفي الاقتصار على دفع العبد ايماء الى انه لو كسب العبد بعد الجناية كسبا واختار المولى دفعه لايدفع الكسب اتفاقا ولو ولدت امة الجناية لايدفع الولد عند صاحب المحيط وذكر شيخ الاسلام انه يدفع الولد كما في البرجندى (فان مات العبد قبل ان يختار شيئا) من الدفع او الفداء (بطل حق المجنى عليه) لفوات محل الواجب (وان) مات (بعد ما اختار) المولى (الفداء لا يبطل حقه) اى المجنى عليه ولم يبرأ المولى لتحول الحق من رقبة العبد الى ذمة المولى و بموت العبد لا تفسد ذمته (فان فداه المولى فجنى) اى العبد (ثانيا فالحكم كذلك) لانه قد طهر وخلص عن الجناية الاولى فيجب بالثانية الدفع او الفداء (وان جنى جنايتين دفعه) اى المولى العبد (بهما) اى بالجنايتين (فيقتسمانه بنسبة حقوقهما) اى العبد المدفوع على قدر حقيهما (او فداه بارشهما) اى بارش كل واحد منهما لان تعلق الاولى برقبته لايمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة ثم اذا دفعه اليهم اقتسموه على قدر حقوقهم وحق كل واحد منهم ارش جنايته وللمولى ان يفتدى من بعدهم و يأخذ نصيبه من العبد و يدفع الباقى الى غيره لاختلاف الحقوق بخلاف ما اذا كان المقتول واحدا وله وليان او اولياء حيث لم يكن له ان يفتدى من البعض و يدفع الباقى الى البعض لاتحاد الحق (فان باعه) اى المولى العبد الجانى (او وهبه او اعتقه او دبره او استولدها) اى الجارية الجانية حال كونه (غير عالم بها) اى بالجناية (ضمن) اى المولى (الاقل

من قيمته و) الاقل (من ارشه) لانه فوت حقه بما صنع فيضمنه وحقه في اقلهما بخلاف الاقرار على رواية الاصل لان المقر له يخاطب بالدفع اى الفداء لانه ليس فيه نقل الملك لاحتمال صدقه والحقه الكرخي بالبيع لزوال ملكه ظاهرا ولو باعها من المجنى عليه فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه منه لان المستحق اخذه بغير عوض لكن في الهبة دون البيع واعتاق المجنى عليه بامر المولى بمنزلة اعتاق المولى لان فعل المأمور مضاف الى الآمر ولو ضربه بعد العلم فنقصه فهو مختار لانه حبس جزأ منه وكذا لو وطئ البكر دون الثيب الا اذا علقها بخلاف التزويج لانه عيب حكمى و بخلاف الاستخدام لانه لا يختص بالملك وكذا بالاذن في التجارة وان ركبه ديون لان الاذن والدين لا يمنع الدفع وعند الشافعي في قول واحد في رواية وما لك ضمن الارش فقط (وان علمابها) اى بالجناية (ضمن الارش) فقط بالاجماع لانه صار مختارا للفداء (كما لو علق) اى المولى (عتقه بقتل زيد اوشجه) بان قال له ان قتلت فلا نا اورميت زيدا اوشججت رأسه فانت حر (ففعل) اى قتل اورمى اوشج كان المولى مختارا للفداء في جيع ذلك وقال زفر لا يصير مختارا للفداء لان وقت تكلمه لا جناية ولا علم له بوجوده وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا للفداء وعليه القيمة ولنا ان تعليق العتق مع علمه بانه يعتق عند القتل دليل اختياره فتلزمه الدية (وان قطع عبد يد حر) حال كونه (عمدا) اى عامدا (فدفع العبد اليه) اى الى الحر الذى قطعت يده (فاعتقه) اى المدفوع اليه (فسرى) اى القطع الى النفس فمات (فالعبد صلح بالجناية) لانه قصد صحة الاعتاق ولا صحة له الا بالصلح عن الجناية وما يحدث منها ابتداء ولهذا لو نص عليه ورضى به جاز وكان مصالحا عن الجناية وما يحدث منها (وان لم يكن اعتقه) اى العبد المجنى عليه ومات من السراية (يرد) العبد (على سيده فيقاد اويعفى) لانه ظهر ان الصلح كان باطلا لانه وقع على المال وهو العبد عن دية اليد اذ القصاص لا يجرى بين الحر والعبد في الاطراف وبالسراية ظهر ان دية اليد غير واجبة وان الواجب هو القود فصار الصلح باطلا لان الصلح لا بد له من مصالح عنه والمصالح عنه المال فلم يوجد فبطل الصلح فوجب القصاص فالاولياء بالخيار ان شاؤا عفوا عنه وان شاؤا قتلوه (وكذا لو كان القاطع حرا فصالح المقطوع يده على عبد ودفعه) اى القاطع العبد (اليه) اى الى المقطوع (فان اعتقه) المقطوع (ثم سرى) القطع الى القتل فمات (فهو) اى العبد (صلح بها) اى بالجناية وان لم يعتقه فسرى رد) العبد الى القاطع (واقيد) اوعفا والوجه ما بين فاتحد الحكم والعلة وفي الهداية وهذا الوضع يرد اشكالا فيما اذا عفا عن اليد

ثم سرى الى النفس ومات حيث لايجب هنـاك وهاقال يجب قيل ماذكره جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان وقيل بينهما فرق ووجهه ان العفو عن اليد صح ظاهرا لان الحق كان له فى اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا فبعـد ذلك وان بطل حكما يبقى موجودا حقيقة فكفى لمنع وجوب القصاص اماههنا الصلح لايبطل الجناية بل يقرر هاحيث صـالح عنها على مال فامااذا لم تبطل الجناية لم تمتنع العقوبة هذا اذالم يعتقه امااذا اعتقـه فالتخريج ماذكرناه من قبل (وان جنى عـبد مأذون مديون جناية (خطاء فاعتقه) اى سيده (غير عالم بها) اى بالجناية (ضمن) اى السيد (لرب الدين الاقل من قيمته ومن دينه و) ضمن (ولى الجناية الاقل من قيمته اى العبد (ومن ارشها) اى الجناية لانه اتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع للاولياء والبيع للغرماء فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين ايفاء من الرقبة الواحدة على تقدير كونه مملوكا بان يدفع الى ولى الجنـاية ثم يباع للغرماء فيضمنها السيد المعتق بالاتلاف وان اعتقه بعد العلم فعليه قيمته لرب الدين وارش الجناية لاوليـاء المجنى عليه (ولو ولدت مأذونة مديونة يبـاع) الولد (معهـا) اى مع امه (فى دينهـا) اى الام المأذونة ولو جنت فولدت لايدفع) الولد (فى جنايتها) اى الجانية لولى الجناية والفرق ان الدين وصف حكمى فيها واجب فى ذمتها متعلق برقبتها فيسرى الى الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية لان وجوب الدفع فى ذمة الولى لافى ذمتها فلا يسرى الى الولد ثم اعلم ان شرط السراية الى الولد ان يكون الولادة بعد لحوق الدين امااذ ولدت ثم لحقهـا الدين لايتعلق حق الغرماء بالولـد بخلاف الاكسـاب حيث يتعلق الغرماء بهـا سـواء كسبت قبل الدين او بعـده (ولو اقر رجل ان زيدا حرر عبـده فقتل ذلك العبـد) فاعل قتل (ولى المقر خطاء فلاشئ له) اى للمقر يعنى انه اذا كان لرجل عبد زعم رجل آخر ان مولى ذلك العبد اعتقه ثم ان هـذا العبد قتل وليا لهـذا الزعم خطاء فلا شئ له لانه متى زعم ان مولاه اعتقه فقد ادعى ديته على عاقلته وابراء العبد والمولى فلزمه ما اقر به ولم يصدق على العاقلة بلاحجة (وان قال معتق) على صيغة المفعول (قتلت اخازيد) قتلا خطاء (قبل عتق وقال زيد بل بعده فالقول للمعتق) لانه منكر للضمان لانه اسنده الى حالة منافية للضمان وهـذا لان الوجوب فى جناية العبد على المولى دفعا وفداء فلايتصور وجوب الضمان فى قتل الخطأ على العبد فى حال رقه بحـال (وان قال المولى لامة اعتقهـا) اى امة نفسه (قطعت) على صيغة المتكلم (يدك قبل العتق وقالت) الامة لا

(بل بعده فالقول لها) اى للامة لانه اقر بسبب الضمان ثم ادعى مايبرئه وهى تنكر فالقول للمنكر (وكذا) القول (فى كل مانال منها) اى اخذ المولى من الامة (الا الجماع والغلة) بان قال وطئتك وانت امتى وقالت لا بل بعد العتق فيكون القول قوله وكذا اذا اخذ من غلتها اى اكسابها لايجب عليه الضمان وان كانت مديونة وهذا عندهما (وعند محمد لايضمن) المولى (الاشيئا قائما بعينه يؤمر) المولى (برده اليها) اى على الامة لانه منكر وجوب الضمان لاسناده الفعل الى حالة معهودة منافية له كما فى المسئلة الاولى وكما فى الوطئ والغلة وفى القيام اقر بيدها حيث اعترف بالاخذ منها ثم ادعى التمليك عليها وهى تنكر فالقول قول المنكر ولهذا يؤمر بالرد اليها ولهما انه اقر بسبب الضمان ثم ادعى مايبرئه فلا يكون القول قوله كما اذا قال لغيره اذ هبت عينك اليمنى وعينى تلك صحيحة فذهبت وسقط القود وقال المقرله لا بل فقأت عينى وعينك ذاهبة ولى عليك الارش فالقول للمفقوء عينه وعلى الفاقئ الارش لان القضاء حصل مضمونا تصادقهما الا ان الفاقئ يدعى البراءة وخصمه منكر فكان القول قوله (ولو امر عبد محجور اوصبى صبيا بقتل رجل فقتله فالدية على عاقلة القاتل) لانه هو القاتل حقيقة وعمده وخطاؤه سواء ولاشئ على الآمر سواء كان عبدا محجورا اوصبيا لانهما لايؤاخذان باقوالهما لعدم اعتبارها شرعا (ورجعوا) اى العاقلة (على العبد بعد عتقه) لان عدم اعتبار قول العبد انما هو لحق المولى وقد زال حق المولى بالاعتاق (لا على الصبى الآمر) اى لا ترجع العاقلة على الصبى الآمر لنقصان الاهلية وفى التبيين لا ترجع العاقلة على العبد ايضا لان هذا ضمان جناية وهو على المولى لا على العبد وقد تعذر ايجابه على المولى لمكان الحجر وهذا اوفق للقواعد الا ترى ان العبد اذا اقر بعد العتق بالقتل قبله لايجب عليه شئ لكونه اسنده الى حالة منافية للضمان ولهذا لو حفر العبد بئرا فاعتقه مولاه ثم وقع فيه انسان فهلك لايجب على العبد شئ وانما تجب على المولى قيمته لان جنايته لا توجب عليه شيئا وانما توجب على المولى فتجب عليه قيمة واحدة ولو مات فيها الف نفس فيقتسمونها بالحصص (ولو كان مأمور العبد مثله) بان امر العبد المحجور عبدا محجورا مثله بقتل رجل (دفع السيد) العبد القاتل (اوفداه ان) كان القتل (خطاء او) كان القتل (عمدا و) العبد (المأمور صغيرا) لان عمد الصغير كالخطاء (ولا يرجع) السيد (على الآمر فى الحال) لان الامر قول وقول المحجور غير معتبر فلا تؤاخذ به فى الحال بل (يجب ان يرجع) السيد (عليه) اى على العبد (بعد عتقه) لزوال المانع وهو حق المولى (باقل من قيمته ومن الفداء) لان القيمة ان كانت اقل من الفداء فالمولى غير مضطر الى اعطاء الزيادة

على القيمة بل يدفع العبد قال صدر الشريعة اقول ينبغي ان لايرجع بشيء لان الامر لم يصح والآمر لم يوقعه في هذه الورطة لكمال عقل المأمور بخلاف ما اذا كان المأمور صبيا انتهى (وان كان) القتل (عمدا والمأمور عبدا كبيرا اقتص) لانه من اهل العقوبة وفي النهاية هذا الذي ذكر من الحكم لايقتضي ان يكون الآمر والمأمور محجورا عليهما لامحالة بل يكتفي بان يكون الآمر محجورا عليه لانه اذا امر العبد المحجور عليه العبد المأذون وباقي المسئلة بحالها فالحكم كذلك واما لو كان الآمر عبدا مأذونا والمأمور عبدا محجورا او مأذونا يرجع مولى العبد القاتل بعد الدفع او الفداء على رقبة الآمر في الحال بقيمة عبده لان الآمر بامره صار غاصبا للمأمور فصار كاقراره بالغصب والعبد المأذون لو اقر بالغصب يؤاخذ به في حال رقه بخلاف المحجور (وان قتل عبد حرين لكل منهم وليان فعفا احد وليي كل منهما دفع) السيد (نصفه) اى نصف العبد (الى الآخرين او فدى بدية لهما) يعني للمولى الخيار ان شاء دفع نصف العبد الى الذين لم يعفوا من ولي القتيلين وان شاء فداه بدية كاملة لانه لما عفا احد وليي كل منهما سقط القصاص في الكل وانقلب نصيب الساكتين مالا وهو دية كاملة لان كل واحد من القتيلين يجب له قصاص كامل على حدة فاذا سقط القصاص وجب ان ينقلب كله مالا وذلك ديتان فيجب على المولى عشرون الفا او يدفع العبد غير ان نصيب العافين سقط مجانا وانقلب نصيب الساكتين مالا وذلك دية واحدة لكل واحد منهما نصف الدية او دفع نصف العبد لهما فيخير المولى بينهما (وان قتل) العبد (احدهما) اى احد الحرين (عمدا و) قتل (الآخر خطاء فعفا احد وليي العمد فدى) السيد (بدية) كاملة (لولي الخطاء و) فدى (بنصفها لاحد وليي العمد) الذي لم يعف لان نصف الحق بطل بالعفو فبقي النصف وصار مالا ويكون خمسة آلاف درهم ولم يبطل شيء من حق ولي الخطاء وكان حقهما في كل الدية عشرة آلاف (او دفعه) اى دفع السيد العبد (اليهم) اى الى الاولياء (يقتسمونه اثلاثا) ثلثاه لولي الخطاء وثلثه للذي لم يعف من ولي العمد عولا عند الامام فيضرب لولي الخطاء بالكل وهو عشرة آلاف وغير العافي بالنصف وهو خمسة آلاف لان حقه في النصف وحقهما في الكل فصار كل نصف بينهما فصار حق ولي الخطأ في سهمين وحق غير العافي في سهم فيقسم العبد بين ولي الخطاء وبين غير العافي اثلاثا ثلثاه لولي الخطا وثلثه لغير العافي (وعندهما ارباعا منازعة) ثلثة ارباعه لولي الخطاء وربعه لولي العمد بطريق المنازعة فيسلم النصف لولي الخطاء بلا منازعة ومنازعة الفريقين في النصف الآخر فينصف فلهذا يقسم ارباعا (وان قتل عبد لاثنين قريبا لهما

فعفا احدهما بطل الكل) يعني اذا كان عبد بين رجلين فقتل العبد قريبا لهما كاخيهما فعفا احدهما بطل حق الجميع عند الامام فلايستحق غير العافي شيئا من العبد غير نصيبه الذي كان له من قبل (وقالا يدفع العافي نصف نصيبه الى الاخر ان شاء (او يفديه بربع الدية ان شاء) لان حق القصاص يثبت لهما في العبد على الشيوع لان الملك لاينافي استحقاق القصاص عليه للمولى لانه مبقي على اصل الحرمة في حق الدم واذا وجب القصاص وجب لكل منهما نصف القود شايعا نصفه في ملكه ونصفه في ملك صاحبه فاذا عفا احدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير انه شايع في كل العبد فما اصاب نصيبه سقط لان المولى لايستوجب على عبده مالا وما اصاب نصيب صاحبه يثبت وهو نصف النصف وهو الربع فيدفع نصف نصيبه او يفديه بربع الدية وللامام ان القصاص وجب حقا لهما من غير تعيين فاحتمل انه وجب لكل منهما في كل العبد او في النصف مترددا بين نصفه او نصف صاحبه اوفيهما شايعا وكل ذلك لايمنع وجوب القود لان اجزاء العبد في القود ليس بعضها باولى من بعض فاذا زال حقه الى المال احتمل وجوب الكل على احتمال تعلقه بنصيب صاحبه و بطلان الكل على احتمال التعلق بنصيبه ووجوب النصف بان يتعلق بهما شايعا والمال لايجب بالشك

﴿ فصل ﴾

شرع في بيان الجناية على العبد بعد مافرغ من بيان احكام جناية العبد على غيره (دية العبد قيمته) لان العبد انقص حالا من الاحرار (فان كانت) قيمة العبد (قدر دية الحر او اكثر نقصت) القيمة (عن دية الحر عشرة دراهم وكذا لو كانت قيمة الامة كدية الحر او اكثر) يعني ان من قتل عبدا خطاء تجب عليه قيمته ولاتزاد على عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة آلاف درهم او اكثر يقضى لوليه بعشرة آلاف درهم الا عشرة دراهم وفي الامة اذا زادت قيمتها على الدية يقضى بخمسة آلاف الا عشرة في اظهر الروايتين وفي رواية الا خمسة هذا عند الطرفين وقال ابو يوسف والشافعي تجب قيمة العبد او الامة بالغة مابلغت لماروى عن عمر وعلي وابن عمر رضي الله تعالى عنهم انهم اوجبوا في قتل العبد قيمته بالغة مابلغت وبه قالت الائمة الثلاثة ولهما قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله فانه اوجبها مطلقا من غير فصل بين ان يكون حرا او عبدا والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية وهو آدمي فيدخل في النص (وفي الغصب تجب القيمة بالغة مابلغت) يعني اذا هلك العبد في يد الغاصب فتجب قيمته بالغة

مابلغت بالاجماع لان ضمان الغصب يكون باعتبار المالية لاباعتبار الآدمية (وكل ماقدر من دية الحر قدر من قيمة الرقيق) لما ان القيمة فى الرقيق كالدية فى الحر لانهما بدل الدم (ففى يده) اى يد الرقيق (نصف قيمته) كما ان فى يد الحر نصف ديته (ولايزاد على خمسة آلاف الاخمسة) لان اليد من الآدمى نصفه فيعتبر بكله و ينقص هذا المقدار اظهارا لدنو مرتبته عن مرتبة الحر وقيل يضمن فى الاطراف بحسابه بالغة مابلغت ولاينقص منه لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وهو الصحيح كما فى الدرر وفى العناية وقوله لايزاد على خمسة آلاف الاخمسة اى لايزاد على هذا المقدار قال فى النهاية هذا الذى ذكره خلاف ظاهر الرواية فانه ذكر فى المبسوط فاما طرف المملوك فقد بينا ان المعتبر فيه المالية لانه لايضمن بالقصاص ولابالكفارة فلهذا كان الواجب فيه القيمة بالغة مابلغت الا ان محمدا رحمه الله تعالى قال فى بعض الروايات ان الاخذ بهذا القول يؤدى الى انه يجب بقطع طرف العبد فوق مايجب بقتله الى ان قال فلهذا لايزاد على نصف بدل نفسه فيكون الواجب خمسة آلاف الاخمسة انتهى وفى التنوير وتجب حكومة عدل فى لحيته قال فى شرحه وهو رواية الاصل لان المق من العبد الخدمة لاالجمال وروى الحسن عن الامام انه يجب كمال القيمة لان الجمال فى حقه مقصود ايضا وفى المجتبى حلق رأس عبد فلم ينبت قال الامام ان شاء المولى دفعه اليه واخذ قيمته وان شاء تركه (ومن قطع يد عبد عمدا فاعتق فسرى) الى القتل (اقتص منه ان كان وارثه سيده فقط والا) اى بان كان له ورثة غير سيده (فلا) يقتص هذا عند الشيخين (وعند محمد لاقصاص اصلا) اى سواء كان وارثه سيده فقط اولم يكن بل كان له ورثة غيره (وعليه) اى على القاطع (ارش اليد ومانقص الى حين العتق) اى مانقصه القطع الى ان اعتقه وانما لم يجب القصاص فيما اذا كان له ورثة سواه لاشتباه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون الحق للورثة فيتحقق الاشتباه و يتعذر الاستيفاء فلايجب على وجه يستوفى اذا الكلام فيما اذا كان للعبد ورثة اخرى سوى المولى واجتماعهما لايزيل الاشتباه لان الملك يثبت لكل واحد منهما فى احدى الحالتين ولا يثبت على الدوام فيهما فلايكون الاجتماع مفيدا ولايقاد باذن كل واحد منهما لصاحبه لان الاذن انما يصح اذا كان الآذن يملك ذلك بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل و برقبته لآخر اذا قتل لان مالكل منهما من الحق ثابت من وقت الجرح الى وقت الموت فاذا اجتمعا زال الاشتباه (ومن قال لعبديه احدكما حر فشجا) اى العبد ان

بان شجهما آخر فبين المولى العتق فى احدهما بعد الشج (فارشهما) اى ارش شجة ذينك العبدين (له) اى للمولى لان العتق لم يكن نازلا فى المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين فى حق الشجة (وان قتلا) على صيغة المجهول قبل التعيين ثم بين المولى العتق فى احدهما (فله) اى للمولى (دية حر و قيمة عبد ان) كان (القاتل واحدا) لاقيمة عبدين ولادية حرين والفرق ان البيان انشاء من وجه واظهار من وجه على ماعرف فى اصول الفقه فاعتبر انشاء فى حق المحل وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبر اظهارا محضا فيكون احدهما حرا بيقين حين الموت فيكون الكل نصفين بين المولى والورثة لعدم الاولوية وان اختلفت قيمتهما يجب على القاتل نصف قيمة كل واحد منهما هذا اذا قتلا معا ولو قتلهما واحد على التعاقب تجب عليه قيمة الاول للسيد ودية الآخر لوارثه اذ بقتل احدهما تعين العتق بالضرورة لمن اخر (وان قتل كلا) اى كل واحد (منهما واحد فقيمة العبدين) اى اذا قتل اثنان كلا من العبدين ولم يدر اولهما اوقتلا معا تجب على كل قاتل قيمة عبد قتله لان العتق المبهم لايتعين الا بالبيان وهو لايتصور بعد الموت فلا يحكم بعتق واحد منهما (ومن فقأ عيني عبد فان شاء سيده دفعه) اى العبد (اليه) اى الى الفاقئ (واخذ قيمته او) ان شاء (امسكه) اى العبد (ولا شئ له) اى للمولى هذا عند الامام (وعندهما) ان شاء دفع العبد واخذ قيمته وان شاء امسكه لكن (ان امسكه فله) اى للمولى (ان يضمنه) اى الفاقئ (نقصانه) اى نقصان قيمة العبد لهما انه فى الجناية بمنزلة المال فاوجب ذلك تخيير المولى على الوجه المذكور كما فى سائر الاموال وله ان المالية وان كانت معتبرة فى الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفى الاطراف ومن احكام الآدمية ان لايقسم الضمان على الجزء الفائت والقائم بل يكون بازاء الفائت لا غير ولا يتملك الجثة ومن احكام المالية ان ينقسم على الجزء الفائت والقائم فقلنا بانه لاينقسم اعتبارا للآدمية ويتملك الجثة اعتبارا للآدمية وهذا اولى مما قالاه لان فيما قالاه اعتبار جانب المالية فقط

﴿ فصل ﴾

(وان جنى مدبرا وام ولد ضمن السيد الاقل من القيمة ومن الارش) اذ لاحق لولى الجناية فى اكثر من الارش ولا منع من المولى فى اكثر من القيمة ولا يثبت الخيار بين الكثير والقليل فى متحد الجنس لاختياره الاقل بلا شبهة (فان جنى) اى كل واحد من المذكورين جناية (اخرى) فعند الامام (شارك) ولى

الجناية (الثانية ولى) الجناية (الاولى فى القيمة ان دفعت) اى القيمة (اليه) اى الى ولى الاولى (بقضاء) ولا يطلب ولى الثانية من المولى شيئا لانه لا تعدى من المولى بدفعها الى ولى الجناية الاولى لانه مجبور على الدفع بالقضاء فيتبع ولى الجناية الثانية ولى الجناية الاولى فيشاركه فيها ويقتسمانه على قدر حقهما (والا) اى وان لم يدفع المولى القيمة الى ولى الجناية الاولى بقضاء بل برضاء (فان شاء اتبع) ولى الثانية (ولى) الجناية (الاولى) وان شاء اتبع المولى لان جناية المدبر وام الولد انما توجب قيمة واحدة فاذا دفعها الى الاول باختياره صار متعديا فى حق الثانى لان حصته وجبت عليه وليس له ولاية عليه حتى ينفذ هذا الدفع فى حقه واذا لم ينفذ دفع المولى فى حق الثانى فالثانى بالخيار ان شاء اتبع ولى الاولى لانه تبين انه قبض حقه ظلما فصار به ضامنا فيأخذ حقه منه وان شاء اتبع المولى لانه تعدى بدفع حقه اختيارا منه لا جبرا بخلاف ما لو كان بقضاء القاضى على ما بين آنفا هذا عند الامام (وعندهما يتبع ولى) الجناية (الثانية ولى الاولى بكل حال) اى سواء كان دفع المولى بقضاء القاضى او برضاه ولا شئ على المولى لان ما فعله باختياره بمنزلة ما فعله بالقضاء لانه ايصال حق الى مستحقه ولم تكن الجناية الثانية موجودة ح حتى يجعل متعديا بالدفع (وان اعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لا يلزمه الا قيمة واحدة) لان دفع القيمة فيه كدفع العين ودفع العين لا يتكرر فكذا ما قام مقامه وام الولد كالمدبر فى جميع ما ذكر من الاحكام (وان اقر المدبر بجناية خطاء لا يلزمه شئ فى الحال ولا بعد عتقه) لان موجب جناياته على المولى لا على نفسه واقراره على المولى غير نافذ

باب غصب العبد والصبى والمدبر والجناية فى ذلك

لما ذكر حكم المدبر فى الجناية ذكر فى هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وذكر حكم من يلحق به (ولو قطع سيد يد عبده فغصب) اى العبد بان غصبه آخر (فمات من القطع فى يد الغاصب ضمن) الغاصب (قيمته) اى العبد (مقطوعا) لان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كانه هلك بآفة سماوية فيجب قيمته اقطع (وان قطع سيده) اى العبد يده (عند الغاصب فمات) من القطع (برئ) الغاصب (من الضمان لان السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا وكيف لا يكون كذلك وقد استولى عليه بحيث قطع يده وهو استرداد فبرئ الغاصب من الضمان (ولو غصب) عبد (محجور) عبدا (محجورا مثله فمات) المغصوب (فى يده) اى الغاصب (ضمن) لان المحجور عليه مؤاخذ بافعاله وهذا منها فيضمن حتى لو ثبت الغصب بالبينة يباع فيه

بالحال بخلاف اقواله حتى لواقر بالغصب لايباع بل يؤاخذ به بعد العتق (ولو غصب) على صيغة المفعول (مدبر فجنى) ذلك المدبر (عند غاصبه ثم) رده الى مولاه فجنى (عند سيده اوبالعكس) بان جنى عند سيده جناية ثم جنى عند غاصبه جناية اخرى (ضمن سيده قيمته لهما) اى لولى الجنايتين فيكون بينهما نصفين لان جناية المدبر وان كثرت قيمة واحدة وانما كانت القيمة بينهما نصفين لاستوائهما فى السبب (ورجع) السيد (بنصفها) اى بنصف القيمة التى ضمها (على الغاصب) لانه ضمن القيمة بالجنايتين نصفها بسبب كان عند الغاصب ونصفها بسبب آخر وجد عنده فيرجع على الغاصب بالسبب الذى لحقه من جهة الغاصب فصار كانه لم يرد نصف العبد (ودفعه الى رب الجناية الاولى فى الصورة الاولى) وهى ما اذا جنى المدبر عند غاصبه ثم عند مولاه ثم رجع به ثانيا عليه اى على الغاصب لان حق الاولى فى جميع القيمة لانه حين جنى فى حقه لايزاحمه احد وانما انتقص باعتبار مزاحمة الثانى فاذا وجد الاول شيئا من بدل العبد فى يد المولى فارغا يأخذه ليتم حقه فاذا اخذه منه يرجع المولى ثانيا بما اخذه منه على الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان عند الغاصب وهذا عند الشيخين (وعند محمد لايدفعه) اى نصف القيمة الذى رجع به على الغاصب لولى الجناية الاولى بل هو مسلم للمولى اذهو عوض مااخذه ولى الجناية الاولى فلايدفعه اليه كيلا يؤدى الى اجتماع البدل والمبدل منه فى ملك شخص واحد (ولا يرجع ثانيا) لان الذى يرجع به المولى على الغاصب عوض ماسلم لولى الجناية الاولى فلايرجع كيلا يتكرر الاستحقاق (وفى الصورة الثانية) وهى ما اذا جنى المدبر عند مولاه جناية ثم عند غاصبه اخرى (يدفعه) اى يدفع المولى مارجع به على الغاصب الى ولى الجناية الاولى (ولا يرجع) المولى على الغاصب (ثانيا) بما دفعه الى ولى الجناية الاولى (بالاجماع) لان الجناية الاولى صدرت من المدبر وهو فى يد المولى (والقن فى الفصلين) اى فيما اذا جنى عند غاصبه ثم عند مولاه (كالمدبر الا) ان الفرق بينهما (انه) اى المولى (يدفعه) اى القن نفسه (وفى المدبر يدفع القيمة) اى قيمة المدبر (وحكم تكرار الرجوع والدفع كما فى المدبر اختلافا واتفاقا) فانه اذا دفع القن اليهما رجع بنصف قيمته على الغاصب وسلم للمالك عند محمد وعندهما لايسلم بل يدفعه الى الاول واذادفعه اليه يرجع فى الفصل الاول على الغاصب ثانيا وفى الفصل الثانى لايرجع (ولو) غصب (رجل مدبرا مرتين فجنى) المدبر (عنده) اى الغاصب (فى كل منهما) اى فى كل من المرتين (غرم سيده قيمته لهما) اى لولى الجنايتين (ورجع بها على الغاصب ودفع نصفها)

اى القيمة (الى ولى) الجناية (الاولى ورجع به) اى بالنصف (عليه) اى على الغاصب (ثانيا اتفاقا) وصورة المسئلة انه غصب رجل مدبرا فجنى عنده خطا ثم رده على المولى فغصبه ثانيا ثم جنى ذلك المدبر عنده مرة اخرى يضمن المولى قيمة المدبر لولى الجنايتين بان يجعل القيمة نصفين لمنعه رقبته بالتدبير فتجب عليه قيمة واحدة بدل الرقبة ثم يرجع بتلك القيمة على الغاصب لحصول كل من الجنايتين عنده ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف السابق كالمسئلة الاولى وقيل على الاتفاق والى القول بالاختلاف اشار بقوله (وقيل فيه خلاف محمد) والفرق لمحمد ان في الاولى الذى يرجع به عوض عما سلم لولى الجناية الاولى لان الثانية كانت في يد المالك فلو دفع اليه ثانيا يتكرر الاستحقاق اما في هذه المسئلة يمكن ان يجعل عوضا عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدى الى ماذكر (ومن غصب صبيا حرا) اى ذهب به بغير اذن وليه وذكره بلفظ الغصب مشاكلة اذ الغصب لايتحقق الا في الاموال والحر ليس كذلك (فمات) اى الصبي (في يده اى في يد الذاهب به (فجاءة او بحمى فلاشئ عليه وان) مات (بصاعقة او نهش حية فعلى عاقلته) اى الذاهب (ديته) اى دية الصبي استحسانا والقياس ان لايضمن وهو قول زفر والشافعي لان الغصب في الحر لايتحقق وجه الاستحسان ان ضمانه ليس لكونه غاصبا بل لتسببه لاتلافه بنقله الى مكان فيه الصواعق والحيات بخلاف الموت فجأة او بحمى لان ذلك لايختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى مكان تغلب فيه الحمى والامراض كالطاعون وغيره فانه يضمن وتجب الدية على العاقلة لقتله بالنقل تسببا قال في الغاية فان قيل فما حكم الحر الكبير اذا نقل الى هذه الاماكن تعديا فاصابه شئ من ذلك اجيب حكمه ان ينظر ان كان الناقل قيده ولم يمكن التحرز عنه ضمن لان المغصوب عجز عن حفظ نفسه بما فعل به فيجب الضمان الى الغاصب وان لم يمنعه من حفظ نفسه لايضمن لان البالغ العاقل اذا لم يحفظ نفسه مع تمكنه من الحفظ كان التلف مضافا الى تقصيره لا الى الغاصب فلايضمن فكان حكم الحر الصغير حكم الحر الكبير المقيد حيث لايمكنه حفظ نفسه انتهى (ولو قتل صبي عبدا مودعا عنده ضمن عاقلته) يعني اودع مولى العبد عبده عند صبي فقتله ذلك الصبي ضمن عاقلة الصبي قيمة العبد (وان اكل الصبي (طعاما او اتلف مالا اودع عنده فلاضمان) عند الطرفين (خلافا لابي يوسف) والشافعي لانه اتلف مالا معصوما متقوما حقا للمالك فيجب عليه ضمانه ولهما ان المال غير العبد ليس بمعصوم لنفسه بل معصوم لحق المالك وقد فوت العصمة على نفسه حيث وضع ماله في يد الصبي بخلاف العبد فان عصمته لحق نفسه اذ هو مبقى على الحرية في حق الدم فلهذا قلنا

بضمان العاقلة قيمة العبد (ولو اودع) على صيغة المجهول (عند عبد محجور مال فاستهلكه) اى المال (ضمن) العبد (بعد العتق) لا فى الحال عند الطرفين (خلافاله) اى لابى يوسف فانه يؤاخذ به فى الحال عنده (والاقراض والاعارة كالايداع فيهما) اى فى العبد والصبي والدليل من الجانبين مامر آنفا (والمراد بالصبي العاقل) كما شرطه محمد فى الجامع الصغير وفى الجامع الكبير وضع المسئلة فى صبي عمره اثنى عشر سنة وذلك دليل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق لان التسليط غير معتبر فيه وفعله معتبر ولهذا قال (وفى غير العاقل يضمن المال ايضا بالاتفاق) كما يضمن العاقل ايضا مالا اتلفه بلا ايداع ونحوه بالاتفاق لما بينا ان التسليط فيه غير معتبر لعدم عقله وفعله معتبر فلهذا قلنا بالضمان

باب القسامة

لما كان امر القتيل فى بعض الاحوال يؤل الى القسامة اوردها فى آخر الديات فى باب على حدة وهى فى اللغة اسم وضع موضع الاقسام وفى الشرع ايمان يقسم بها اهل محلة اودار وجد فيهما قتيل به جراحة اواثر ضرب اوخنق ولايعلم من قتله يقسم خمسون رجلا من اهل المحلة يقول كل واحد منهم بالله ماقتلته ولاعلمت له قاتلا وسببها وجود القتيل كما ذكرنا وركنها اجراء اليمين على لسان كل واحد من الخمسين بالله ما قتلته ولاعلمت له قاتلا كما سيجيء وشرطها بلوغ المقسم وعقله وحريته وان يكو الميت الموجود على الكيفية المذكورة وتكميل اليمين خمسين فان لم يبلغ المقسمون هذا العدد يكرر عليهم اليمين حتى يبلغ الخمسين وحكمها القضاء بوجوب الدية بعد الحلف والحبس الى الحلف ان ابوا اذ ادعى الولى العمد والحكم بالدية عند النكول ان ادعى الولى القتل خطاء ومن محاسنها خطر الدماء وصيانتها عن الاهدار وخلاص من يتهم بالقتل عن القصاص وتعيين الخمسين ثبت بالاحاديث المشهورة الواردة فى باب القسامة (اذاوجد ميت فى محلة به) اى بالميت (اثرالقتل من جرح اوخروج دم من اذنه اوعينه) لانه لايخرج الدم منهما عادة الا من شدة الضرب فيكون قتيلا ظاهرا فيجرى عليه احكامه (اوآثر خنق او) اثر (ضرب ولم يدرقاتله) اذلو علم قاتله سقطت القسامة عن اهلها (وادعى وليه قتله) اى الميت (على اهلها) اى على اهل المحلة كلهم (او بعضهم) عمدا او خطأ (ولا بينة له) اى للولى (حلف) على صيغة المفعول جواب اذا (خمسون رجلا منهم) اى من اهل المحلة (يختارهم الولى) صفة خمسون وانما كان الاختيار للولى لان اليمين حقه سواء

اختار من يتهمه بالقتل كالفسقة او الشبان او صالحي اهل المحلة لتحرزهم عن اليمين الكاذبة اكثر مما يتحرزه الفسقة فاذا علموا القاتل فيهم اظهروه ولم يحلفوا ولو اختار في القسامة اعمى اومحدودا في قذف جازلان هذه يمين وليست بشهادة فيعتبر اهلية اليمين بخلاف اللعان لانه شهادة وهما ليسا باهل للشهادة (بالله ماقتلناه ولا نعلم له قاتلا) فقوله بالله متعلق بحلف وقوله ماقتلناه وارد على سبيل الحكاية عن الجمع والا فعند الحلف يحلف كل واحد منهم بالله ماقتلته ولا علمت له قاتلا ولا يجمع معه غيره في اسناد نفي القتل لانه يجوز ان يكون قاتلا وحده وينوى بلفظ الجمع ان يكون قاتلا مع الجماعة وكذا العلم فانه يجوز ان يكون عالما بالقتل وحده وينفي ان يكون غيره عالما به فان قيل اى فائدة في قوله ماعلمت له قاتلا مع ان شهادة اهل المحلة غير مقبوله قلنا فائدته تعيين محل الخصومة فان الولي قد يعجز عن تعيينه وقد يطن غير القاتل قاتلا (ثم قضي) على صيغة المجهول (على اهلها) اى المحلة (بالدية) لوجود القتيل بينهم والاصل في ذلك ماروى ابن عباس رضي الله تعالى عنه ان النبي عليه الصلوة والسلام كتب الى اهل خيبر ان هذا قتيل وجد بين اظهركم فما الذي يخرجه عنكم فكتبوا اليه ان مثل هذه الحادثة وقعت في بني اسرائيل فانزل الله على موسى امرا فان كنت نبيا فاسئل الله مثل ذلك فكتب اليهم ان الله تعالى اراني ان اختار منكم خمسين رجلا فيحلفون بالله ماقتلناه ولا علمناله قاتلا ثم يغرمون الدية قالوا لقد قضيت فينا بالناموس اى بالوحي (وماتم خلقه كالكبير) اى اذا وجد سقطا اوجنين تام الخلق به اثر من الآثار المذكورة فهو كالكبير في الاحكام المذكورة لان تمام الخلق ينفصل حيا ظاهرا وان كان ناقص الخلق فلا شئ عليهم لانه انفصل ميتا ظاهرا (ولا يحلف الولي وان كان لوث) اى عداوة خلافا للشافعي فانه قال اذا كان هناك لوث استحلف الاولياء خمسين يمينا فان حلفوا يقضى بالدية على المدعى عليه عمدا كانت دعوى القتل اوخطاء في قول وفي قول يقضى بالقود اذا كانت الدعوى في العمد وهو قول مالك وان نكل المدعي عن اليمين حلف المدعى عليهم فان حلفوا برئوا ولا شئ عليهم وان نكلوا فعليهم القصاص في قول والدية في قول واللوث عندهما قرينة حال توقع في القلب صدق المدعي بان يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه كالدم اوظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة اوشهادة عدل اوجماعة غير عدول ان اهل المحلة قتلوه وان لم يكن الظاهر شاهد اله حلف اهل المحلة على ماقلنا والاختلاف في موضعين في تحليف المدعي اولا وفي براءة اهل المحلة باليمين (فان نقص اهلها) اى اهل المحلة (عن الخمسين كررت اليمين عليهم الى ان يتم) خمسون لان اليمين

واجب بالنص فيجب اتمامها ما امكن ولايشترط معرفة الحكمة فى هذا العدد الثابت بالنص وقد روى عن عمر رضى الله تعالى عنه انه قضى بالقسامة وعنده تسعة واربعون رجلا فكرر اليمين على رجل منهم ليتم به خمسون ثم قضى بالدية وعن شريح والنخعى مثله (ومن نكل) منهم عن اليمين (حبس حتى يحلف) لان اليمين واجبة فيه تعظيما لامر الدم ولهذا يجمع فيه بين اليمين والدية بخلاف النكول فى الاموال هذا اذا ادعى الولى القتل على جميع اهل المحلة او على بعض منهم غير معين والدعوى فى العمد والخطاء سواء ولو ادعى على واحد منهم بعينه انه قتل عمدا اوخطاء فكذلك الحكم على ماذكر فى المبسوط وعن ابى يوسف فى غير رواية الاصول انه تسقط القسامة والدية عن الباقين فى القياس كما لو ادعى على واحد من غيرهم وفى الاستحسان تجب القسامة والدية على اهل المحلة لاطلاق النصوص (ومن قال منهم) اى من المستحلفين (قتله فلان استثناه) ضمير الفاعل عائد الى من وضمير المفعول الى فلان (فى يمينه) بان يقول بالله ماقتلته ولاعلمت له قاتلا الافلانا لانه قد يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله قتله فلان فلايقبل قوله فيحلف كما ذكرنا (وان ادعى الولى القتل على غيرهم) اى على رجل من غير اهل المحلة (سقطت) القسامة (عنهم) اى عن اهل المحلة اما اذا ادعى على واحد من اهل المحلة بعينه لاتبطل القسامة والدية عن اهلها وعن الامام فى رواية يكون ذلك ابراء منه لاهل المحلة كما فى الحاية (ولاتقبل شهادتهم) اى اهل المحلة (به) اى بالقتل (على غيرهم) اى على غير اهل المحلة الذى ادعى الولى القتل عليه هذا عند الامام (خلافا لهما) لبراءتهم من التهمة بادعاء الولى القتل على غيرهم كالوصى اذا خرج عن الوصاية بعد ماقبلها ثم شهد لاتقبل شهادته واصله ان من صار خصما فى حادثة لاتقبل شهادته فيها ومن كان بعرضة ان يصير خصما ولم ينتصب خصما بعد تقبل شهادته وهذان الاصلان متفق عليهما عند الكل غير انهما يجعلان اهل المحلة ممن له عرضة ان يصير خصما وهو يجعله ممن انتصب خصما وعلى هذين الاصلين يتخرج كثير من المسائل فمن ذلك الوكيل بالخصومة اذا خاصم عند الحاكم ثم عزل لاتقبل شهادته والشفيع اذا طلب الشفعة ثم تركها لاتقبل شهادته بالبيع اما اذا لم يخاصم الوكيل ولم يطلب الشفعة الشفيع فتقبل شهادتهما لكونهما فى عرضة الخصومة وفى الذخيرة اذا وجد القتل فى المحلة وادعى اهل المحلة ان فلانا قتله دونهم واقاموا على ذلك بينة من غير محلتهم جازت الشهادة وثبت لهم البراءة عن القسامة والدية ادعى ولى القتيل ذلك اولم يدع بخلاف ما اذا عينوا رجلا من اهل المحلة فان الدية والقسامة

على اهل المحلة فى الشرع على حالها ولم يتضمن ذلك براءتهم وروى عن الطرفين القسامة تسقط وفى التبيين ودعوى الولى على واحد من غير اهل المحلة تسقط القسامة عنهم وعلى معين منهم لاهذا ان ادعى الولى اما اذا ادعى المجروح فقال قتلنى فلان ثم مات واقام ولوارثه بينة على رجل آخر انه قتله لاتقبل بينته (ولا) تقبل شهادة اهل المحلة (على بعضهم ان ادعاه) اى الولى (اجماعا) لان الخصومة قائمة مع الكل لمامر انهم كانوا الخصماء فى هذه الحادثة وبالشهادة تقطع الخصومة عن نفسه فكان متهما فى هذه الشهادة فلا تقبل شهادته وفى رواية عن ابى يوسف انها تقبل فكان الاولى ترك قوله اجماعا (ووجود اكثر البدن اونصفه مع الرأس) فى المحلة (كوجود كله) لان هذا قتيل وجد فى محلة فللاكثر حكم الكل (ولاقسامة على صبى و) لاعلى (مجنون) لان اليمين يجرى على قول صحيح ولايجرى منهما قول صحيح على قابل (و) لاعلى (امرأة و) لاعلى (عبد) حيث لم يكونا من اهل النصرة واليمين على اهلها الا اذا جعل كل منهما قاتلا (ولاقسامة ولادية فى ميت لااثر به) من الضرب (اويخرج الدم من فمه اوانفه اودبره اوذكره) لان الدم يسيل فى هذه المواضع بعلة فلايكون قتيلا لان القتيل عرفا هو فائت الحيوة بسبب مباشرة الحى عادة والقسامة شرعت فى المقتول وهو انما باين الميت حتف انفه بالاثر فمن لااثر له فهو ميت فلاحاجة بنا الى صيانة دمه عن الهدر ومن به اثر فهو مقتول وبنا حاجة الى صيانة دمه عن الهدر وذا بان يكون به جراحة او اثر ضرب اوخنق وكذا اذا خرج الدم من عينه اواذنه لان الدم لايخرج منهما عادة الابجرح فى البطن (اووجد) فى محلة (اقل من نصفه ولو) كان الاقل (مع الرأس او) وجد (نصفه مشقوقا بالطول) اووجد يده اورجله اورأسه فلاشئ عليهم فيه لان الموجود ليس بقتيل اذ الاقل ليس كالكل ولان هذا يؤدى الى تكرار القسامة والدية فى قتيل واحد فانا لواوجبنا بوجود النصف فى هذه المحلة القسامة والدية على اهلها لم نجد بدا من ان نوجب اذا وجد النصف الآخر فى محلة اخرى القسامة والدية على اهلها وتكرار القسامة والدية فى قتيل واحد غير مشروع والاصل فيه ان الموجود الاول ان كان بحال لووجد الباقى تجرى فيه القسامة لاتجب فيه وان كان بحال لووجد الباقى لاتجرى فيه القسامة تجب والمعنى مابينا (وان وجد) القتيل (على دابة يسوقها) اى الدابة (رجل فالدية على عاقلته) اى عاقلة السائق سواء كان السائق مالكا للدابة اوغير مالك لاعلى اهل المحلة لانه فى يده لافى ايديهم (وكذا) اى يضمن عاقلة القائد اوعاقلة الراكب (لوكان يقودها اوراكبها)

لانه في يده فصار كما اذا كان في داره (وان اجتمعوا) اى السائق والقائد والراكب (فعليهم) اى تجب الدية عليهم لانه في ايديهم فصار كما اذا وجد في دارهم ولايشترط ان يكونوا مالكين للدابة بخلاف الدار والفرق ان تدبير الدابة اليهم وان لم يكونوا مالكين لها وتدبير الدار الى مالكها وان لم يكن ساكنا فيها وقيل القسامة والدية على مالك الدابة فعلى هذا لافرق بينها و بين الدار (وان وجد) قتيل (على دابة بين قريتين فعلى اقربهما) اى اقرب القريتين الى القتيل الذى وجد على ظهر الدابة التى مرت بين القريتين لما روى انه عليه السلام امر في قتيل وجد بين قريتين بان يذرع فوجد اقرب الى احدهما بشبر فقضى عليهم بالقسامة والدية واشترط سماع الصوت من القريتين ولم يقيده المص هنا بهذا القيد تبعا للكنز قال شارحه الزيلعى هذا محمول على مااذا كانوا بحيث يسمع منهم الصوت واما اذا كانوا بحيث لايسمع منهم الصوت فلاشئ عليهم لانه اذا كانوا بحيث يسمع منهم الصوت يمكنهم الغوث فينسبون الى التقصير في النصرة وان كانوا بحيث لايسمع منهم الصوت فلا ينسبون الى التقصير في النصرة انتهى وقد صرح بهذا القيد في الولو الجية حيث قال ولو وجد القتيل بين القريتين ينظر الى ايهما اقرب وانما تجب القسامة والدية على اقرب القريتين اذا كان بحال يسمع منه الصوت اما اذا كان بحال لا يسمع منه الصوت لايجب على واحدة من القريتين ويراعى حال المكان الذى وجد فيه القتيل ان كان مملوكا تجب القسامة على الملاك والدية على عاقلتهم وان كان مباحا لكنه في ايدى المسلمين تجب الدية في بيت المال وفيها ايضا ولو وجد قتيل في ارض رجل الى جانب قرية ليس صاحب الارض من اهل القرية فهو على صاحب الارض لان العبرة للملك والولاية (وان وجد) قتيل (في دار نفسه فعلى عاقلته) اى تجب الدية على عاقلة القتيل لورثته عند الامام (وعندهما لاشئ فيه) لانه لما وجد قتيلا في دار نفسه جعل كانه قتل نفسه ومن قتل نفسه يهدر دمه وقال الامام انما وجبت الدية على عاقلته لانه لو وجد غيره قتيلا في ذلك الموضع كانت الدية على عاقلته لان السبب وجود القتيل في ذلك المكان كما نص عليه عمر رضى الله تعالى عنه وحين وجد قتيلا كانت الدار مملوكة لورثته لاله لانه ميت ليس من اهل الملك فلهذا كانت الدية على عاقلته (وان وجد) اى القتيل (في دار انسان فعليه) اى على ذلك الانسان (القسامة) لان التدبير في حفظ الملك الخاص الى المالك (وعلى عاقلته الدية) لان نصرته وقوته بهم (وان كانت العاقلة حضورا يدخلون في القسامة ايضا) اى كصاحب الدار عند الطرفين (خلافا لابى يوسف)

فانه قال لا قسامة على العاقلة لان رب الدار اخص بها من غيره فلا يشاركه غيره فى القسامة كاهل المحلة فانه لا يشاركهم عواقلهم فيها ولهما ان الحضور الزمهم نصرة الموضع كما يلزم رب الدار فيتشاركونه فى القسامة (والا) اى وان لم تكن العاقلة حضورا بل كانوا غائبين (كررت) الايمان (عليه) اى على رب الدار ووجبت الدية على العاقلة لما تقدم (والقسامة على الملاك دون السكان) عند الطرفين يعنى اذا كان فى المحلة سكان وملاك فالقسامة على الملاك عندهما (وعند ابى يوسف على الجميع) لان ولاية التدبير كما تكون بالملك تكون بالسكنى ولانه عليه السلام قضى بالقسامة والدية على اهل خيبر وقد كانوا سكانا ولان وجوبهما عليهم لالتزامهم الحفظ اولوجود القتيل بينهم والكل فى ذلك سواء وان كانوا ينتقلون الى اهليهم بالليل مثل الخياط والصائغ يكونون بالنهار فى موضع وينصرفون الى اهليهم بالليل فلا شئ عليهم ولهما ان التدبير فى حفظ المحلة الى الملاك دون السكان لان السكان ينتقلون فى كل وقت من محلة الى محلة دون الملاك ولان مايكون من الغنم وهو الشفعة يختص به الملاك فكذا مايكون من الغرم واما اهل خيبر فكانوا ملاكا لا سكانا الملاك هم اصحاب الرقبة والسكان هم المستأجرون والمستعيرون والمودعون والمرتهنون واذا وجد الضيف فى دار المضيف قتيلا فهو على رب الدار عند الامام وقال ابو يوسف ان كان نازلا فى بيت على حدة فلا دية ولا قسامة واذا كان مختلطا فعليه الدية والقسامة والفتوى اليوم على قول ابى يوسف (وهى) اى القسامة (على اهل الخطة) اى اصحاب الاملاك القديمة الذين تملكوها حين فتح الامام البلدة وقسمها بين الغانمين (ولو بقى منهم) اى من اهل الخطة (واحد دون المشترين) هذا عند الطرفين رحمهما الله تعالى (وعند ابى يوسف على المشترين ايضا) لان الضمان انما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ ولهذا جعلوا مقصرين وولاية الحفظ باعتبار الكون فيها وقد استووا فصار كالدار المشتركة بين واحد من اهل الخطة و بين المشترى ولو كان للخطة تأثير فى التقدم لما شاركه المشترى ولهما ان صاحب الخطة هو المختص بتدبير المحلة والمحلة تنسب اليه دون المشترين وقلما يزاحمه المشترى فى التدبير والقيام بحفظ المحلة فكان هو المختص بالقسامة ووجوب الدية دون المشترى وقيل انما اجاب الامام بهذا بناء على ماشاهده من عادة اهل الكوفة فى زمانه ان اصحاب الخطة فى كل محلة يقومون بتدبير المحلة ولا يشاركهم المشترون فى ذلك (وان لم يبق من اهل الخطة احد فعلى المشترين بالاتفاق) اى اذا لم يبق من اهل الخطة احد بان باعوا كلهم فالقسامة والدية على المشترين لانه زال

من يتقدمهم او يزاحمهم فانتقلت الولاية اليهم عندهما وعند ابي يوسف حصلت لهم الولاية لزوال من يزاحمهم والفرق بين التعليلين خفي يظهر بالتأمل (وان بيعت دار ولم تقبض) فوجد فيها قتيل (فعلى البايع) اى تجب القسامة والدية على عاقلة البايع عند الامام (وعندهما على المشترى) لانه انما نزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ والملك للمشترى قبل القبض في البيع البات فلهذا وجبت عليه القسامة والدية وله ان القدرة على الحفظ باليد لا بالملك واليد قبل القبض للبايع فكان مقصرا في الحفظ فوجبت عليه (وفي البيع بخيار على عاقلة ذى اليد) عند الامام (وعندهما على من يصير الملك له) لانه انما نزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ فلا تجب الاعلى من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك ولهذا لو كانت الدار وديعة تجب الدية على صاحب الدار دون المودع وماشرط فيه الخيار يعتبر فيه قرار الملك وله ان الحفظ انما يكون في الايدى لانه يقدر على الحفظ باليد بدون الملك ولايقدر عليه بالملك بدون اليد والحاصل انه اعتبر اليد وهما اعتبرا الملك ان وجد والا فيتوقف على قرار الملك (ولا تدى عاقلة ذى اليد الابحجة انها) اى الدار (له) يعنى اذا كانت دار في يد رجل فوجد فيها قتيل لاتعقله عاقلته حتى يشهد الشهود انها لصاحب اليد واليد وان كانت تدل على الملك الا انها محتملة فلا تكفى لايجاب الضمان على العاقلة كما لا تكفى لاستحقاق الشفعة في الدار المشفوعة لان ماثبت بالظاهر لايصلح حجة للاستحقاق ويصلح للدفع كما عرف في الاصول ولا فرق في ذلك بين ان يكون القتيل الموجود فيها هو صاحب الدار اوغيره (وان وجد) اى القتيل (في دار مشتركة سهاما مختلفة) بان كان نصفها لرجل وعشرها لآخر ولآخر مابقى (فالقسامة والدية على الرؤس) لان هذا الحكم مضاف الى ولاية الحفظ وعند التقصير فيه يثبت احكام القتل بدلالة الملك وولاية الحفظ ثابتة لهم على السواء والدلالة واحدة لايختلف اثرها بتفاوت الملك فكان على عدد الرؤس كالشفعة (وان وجد) اى القتيل (في سفينة فعلى من فيها) اى في السفينة (من الملاحين والركاب) جمع راكب اى تجب القسامة والدية على من كان في السفينة من اربابها وسكانها المالك وغير المالك في ذلك سواء لانهم في تدبيرها سواء اذا حزبهم امر اما على مذهب ابى يوسف فظاهر لتسويته في الدار بين السكان والملاك واما على قولهما فلان السفينة تنقل وتحول فتكون في اليد حقيقة فانها مركب كالدابة (وان وجد في مسجد محلة فعلى اهلها) لانهم احق الناس بالتدبير فيه (وان) وجد القتيل (بين قريتين فعلى اقربهما) اى القريتين الى القتيل لمارويناسابقا (وان) وجد (في سوق مملوك فعلى

المالك) عند الامام (وعندابى يوسف على السكان) سواء كانوا ملاكا اوغير ملاك قال صاحب التسهيل اقول ينبغى ان يشارك الملاك السكان عند ابى يوسف كما فى مسئلة الدار (وفى غيرالمملوك) من الاسواق (كالشوارع) جمع شارع وهو الطريق الاعظم (على بيت المال) اى تجب الدية على بيت المال بدون قسامة لان الحق بالقسامة نفى تهمة القتل وهذا لا يتحقق فى حق العامة وفى الدرر اعلم ان الطريق ينقسم ابتداء الى قسمين احدهما طريق خاص وهو مايختص بواحد اواكثر ويكون له مدخل لامخرج والآخر طريق عام وهومالايختص بواحداواكثر ويكون له مدخل ومخرج ويسمى هذا بالشارع وهوايضا قسمان احدهما شارع المحلة وهومايكون المرور فيه اكثر لاهل المحلة وقديكون لغيرهم ايضا وهذا ماقال فى الينابيع وفى مسجد محلة على اهلها كمالووجد فى شارع المحلة والاخر الشارع الاعظم وهومايكون مرور جميع الطوائف فيه على السوية كالطرق الواسعة فى الاسواق وخارج البلدان وهذا ماقال صاحب الهداية ومن وجد فى الجامع والشارع الاعظم فلاقسامة فيه هكذا يجب ان يعلم هذا المقام حتى تندفع الشبهة وتضمحل الاوهام انتهى وقال صاحب النهاية فى شرح قول صاحب الهداية وان لم يكن مملوكا كالشوارع العامة فعلى بيت المال انما اراد بها ان تكون نائية عن المحال واما الاسواق التى تكون فى المحال فهى محفوظة بحفظ اهل المحلة فتكون القسامة والدية على اهل المحلة انتهى وقال الزيلعى وفى الجامع والشارع لاقسامة والدية على بيت المال لان التدبير فى مسجد المحلة اليهم والجامع والشارع للعامة ثم قال بخلاف الاسواق المملوكة لاهلها والتى فى المحال والمساجد التى فيها حيث يجب الضمان فيها على اهل المحلة او على الملاك على الاختلاف الذى هنا لانها محفوظة بحفظ اربابها او بحفظ اهل المحلة انتهى ونحوه فى البزازية وقد افتى بعض الفضلاء بوجوب القسامة والدية على اقرب المحلات وقال وانما يكون على بيت المال فيما اذا كان الشارع نائيا عن المحلات نص على ذلك فى شروح الهداية وعامة كتب الفتاوى انتهى وانما اطنبنا الكلام فى هذا المقام لما يفهم من اطلاق المتون ان الدية فيما ذكر على بيت المال من غير تقييد بالبعد عن المحلات ولا بد من اعتبار هذا التقييد كما هو فى اكثر المعتبرات (وكذا) يجب الدية على بيت المال (ان وجد القتيل فى المسجد الجامع) لانه للعامة لا يختص به واحد دون واحد (وكذا ان وجد فى السجن) عند الطرفين (وعند ابى يوسف على اهل السجن) لهما ان اهل السجن مقهورون فى السكون فى ذلك الموضع فقلما يقومون بحفظه والتدبير فيه ثم ذلك الموضع معد لمنفعة المسلمين فدية

القتيل الموجود فيه تكون على بيت المال وابو يوسف اعتبر كونهم سكانا وهم الذين يقومون بتدبير ذلك الموضع ماداموا فيه فالظاهر ان القتل حصل منهم قالوا وهذا الاختلاف بناء على مسئلة الملاك والسكان كذا فى الكافى (وان) وجد (فى برية) بكسر الراء وتشديد الياء الصحراء (ليس بقربه) هكذا فى عامة النسخ بضمير المذكر فان صح يكون التذكير باعتبار الموضع او المكان والجملة صفة لبرية (قرية يسمع منها) اى القرية (الصوت) الجملة الفعلية صفة لقرية (فهو هدر) اما اذا سمع منها الصوت تكون فناء العمران وهم احق بالتدبير فيه لرعى مواشيهم الا يرى انه ليس لاحد ان يحمى ذلك الموضع بغير رضاهم واما اذا لم يسمع منها الصوت الواقع فى البرية فبعد ذلك الموضع من جملة الموات فلا يجب فيه شئ ولا يوصف اهل القرية بالتقصير لان القتل بهذه الحالة لا يلحقه الغوث بتصويته وهذا اذا لم تكن مملوكة لاحد فان كانت فالقسامة والدية على عاقلته (وكذا لو) وجد (فى وسط الفرات) قال فى المغرب هو نهر الكوفة والمراد به النهر العظيم لا بخصوص نهر الفرات فكانه قال وما يشبهه ولهذا قال فى المبسوط اذا وجد القتيل فى نهر عظيم يجرى به الماء فلا شئ فيه وذكرا لوسط ليس بقيد احترازى لان حكم الشط كحكم الوسط مادام يجرى بالقتيل ماؤه (وان) وجد (محتبسا بالشط) اى جانب النهر (فعلى اقرب القرى منه) اى من الشط لان الشط فى ايديهم يحيث يستقون منه ويوردون دوابهم عليه فكانوا احق بتدبيره فكان ضمان المحتبس فيه عليهم ولو كان نهرا صغيرا لقوم معروفين فالقسامة والدية عليهم لانهم احق الناس بالانتفاع بمائه سقيا لاراضيهم والتدبير فى كريه واجراء الماء منه اليهم فكان بمنزلة المحلة والنهر الصغير ما يستحق بالشركة فيه الشفعة وما لا يستحق بالشركة فيه الشفعة فهو نهر عظيم كالفرات وجيحون كذا فى الكافى (وان التقى قوم بالسوف ثم اجلوا) اى انكشفوا وتفرقوا (عن قتيل فعلى اهل المحلة) لان حفظ المحلة فى مثل ذلك واجب على اهلها فحيث قصروا فى الحفظ وجبت عليهم القسامة والدية (الا ان يدعى وليه) اى القتيل (على القوم) الذين التقوا واجلوا (او على واحد معين منهم فتسقط) اى القسامة والدية (عنهم) اى عن اهل المحلة لانه بدعواه جعل مبرئا لاهل المحلة عن القسامة والدية (ولا يثبت) القتل (على) اولئك (القوم) الذى التقوا واجلوا (الا بحجة) اذ بمجرد الدعوى لا يثبت الحق لقوله عليه السلام لو خلى الناس ودعواهم لادعى قوم دماء قوم واموالهم لكن البينة على المدعى واليمين على من انكر (ولو وجد) اى القتيل (فى معسكر) اى موضع عسكر (بارض غير مملوكة

لاحد (فان) وجد (فى خباء) هو الخيمة من الصوف (او فسطاط) وهو الخيمة العظيمة (فعلى ربه) اى رب الخباء او الفسطاط (والا فعلى الاقرب) اى تجب الدية والقسامة على اهل ذلك الخباء او الفسطاط الاقربين (منه) اى من القتيل لان المعتبر هو اليد فى الموضع الذى لاملك لاحد فيه قالوا هذا اذا نزلوا قبائل قبائل متفرقين واما اذا نزلوا جملة مختلطين فالدية والقسامة على العسكر جميعهم لانهم لما نزلوا جملة مختلطين صارت الامكنة كلها بمنزلة محلة واحدة فيكون منسوبا اليهم كلهم فتجب غرامة ما وجد فى خارج الخيام عليهم كلهم (وان كانوا) اى العسكر (قدقاتلوا عدوا) ووجد قتيل بينهم (فلا قسامة ولا دية عليهم) لان الظاهر ان العدو قتله فكان هدرا (وان كانت الارض) التى نزل بها العسكر (مملوكة) لاحد (فالعسكر كالسكان والقسامة على المالك لاعليهم) اى لاعلى العسكر لان المالك هو المختص بالتدبير فى ملكه وحفظ ملكه اليه كما مر ان لاعبرة للسكان مع الملاك عند الطرفين (خلافا لابى يوسف) فانه يوجب القسامة والدية على الملاك والسكان جميعا ودليله مذكور فيما سبق فلا حاجة الى اعادته (ومن جرح فى قبيلة ثم نقل الى اهله ولم يزل ذا فراش حتى مات) من تلك الجراحة (فالقسامة) والدية (على القبيلة) التى جرح بها (عند الامام وعند ابى يوسف لاشىء فيه) لان القسامة والدية انما شرعت فى القتيل الموجود وهذا جريح ليس بقتيل فصار كما لو لم يكن صاحب فراش ولهما انه اذا كان صاحب فراش فهو مريض والمرض اذا اتصل به الموت يجعل كالميت من اول سببه فى حكم التصرفات فكذا فى حكم القسامة والدية يجعل كانه مات حين جرح فى ذلك الموضع فاما اذا لم يكن صاحب فراش فهو فى حكم التصرفات كالصحيح فكذا فى حكم القسامة والدية وعلى هذا التخريج اذا وجد على ظهر انسان يحمله الى بيته فات بعد يوم او يومين فان كان صاحب فراش حتى مات فهو على الذى كان يحمله كما لو مات على ظهره وان كان يذهب و يجىء فلا شىء على من حمله وفيه خلاف ابى يوسف وهذا لان وجوده جريحا فى يده كوجوده جريحا فى المحلة كذا فى الكافى واليه اشار بقوله (ولو) كان (مع المجروح رجل فحمل) ذلك الرجل المجروح الى اهله (ومات) المجروح فى اهله (فلا ضمان على الرجل) الحامل (عند ابى يوسف وفى قياس قول الامام يضمن) والعلة فيه من الطرفين ما اسلفناه نقلا عن الكافى (ولو ان رجلين كانا فى بيت) واحد (فوجد احدهما مذبوحا ضمن الآخر ديته عند ابى يوسف خلافا لمحمد) فانه قال لايضمن لانه يحتمل انه قتل نفسه ويحتمل ان يكون قتله الآخر فلا يجب الضمان بالشك ولابى يوسف ان الظاهر ان الانسان لا يقتل نفسه فلا يعتبر هذا التوهم

كما لايعتبر اذا وجد قتيلا فى محلة (ولو وجد القتيل فى محلة لامراة كررت اليمين عليها وتدى عاقلتها عند الطرفين وعند ابى يوسف على عاقلتها القسامة ايضا) كالدية لان القسامة على اهل النصرة والمرأة ليس منها فاشبهت الصبى لهما ان القسامة فى القتيل فى الملك باعتبار الملك نفيا لتهمة القتل والمرأة فى الملك وتهمة القتل كالرجل فى القسامة (قال المتأخرون والمرأة تدخل فى التحمل مع العاقلة فى هذه المسئلة) اى قال المتأخرون من اصحابنا ان المرأة تدخل مع العاقلة فى التحمل فى هذه المسئلة لانها حيث جعلنا ها قاتلة شاركت العاقلة فى الدية لانه حيث وجبت الدية على غير المباشر فعلى المباشر اولى ان يجب جزء منها (ولو وجد) اى القتيل (فى ارض رجل فى جنب قرية) صفة الارض (ليس صاحب الارض منها) اى من تلك القرية والجملة المصدرة بليس صفة قرية (فهو) اى وجوب الدية والقسامة (على صاحب الارض) لان التدبير فى حفظ الملك الخاص الى المالك دون غيره فيجعل كان المالك هو القاتل

كتاب المعاقل

المعاقل (جمع معقلة) كالمفاخر جمع مفخرة من عقل يعقل عقلا وعقولا ولما كان موجب القتل الخطاء وما فى معناه الدية على العاقلة لم يكن بد من معرفتها وبيان احكامها فى هذا الكتاب فقال (وهى) اى المعاقل (الدية) وسميت الدية عقلا ومعقلة لانها تعقل الدماء من ان تسفك اى تمسكها وتمنعها لما يلزم عليها من وجوب الدية ويسمى العقل عقلا لمنعه صاحبه عن القبايح (والعاقلة من يؤديها) اى الدية (وهم) اى المؤدون (اهل الديوان) وهم الجيش الذين كتبت اسماؤهم فى الديوان وفى القاموس والديوان بكسر ويفتح مجتمع الصحف والكتاب يكتب فيه اهل الجيش واهل العطية واول من وضعه عمر رضى الله تعالى عنه جمعه دواوين ودياوين انتهى والاصل فى ايجاب الدية على العاقلة بالخطاء وشبه العمد قوله عليه السلام لاولياء الضاربة قوموا فدوه (ان كان القاتل منهم) والعاقلة عند الشافعى العشيرة لانه كان عليهم فى عهد رسول الله عليه السلام ولانسخ بعده لانه لايكون الا بوحى على لسان نبى ولا نبى بعده ولانه صلة والاقارب احق بالصلات كالارث والنفقات ولنا ان عمر رضى الله تعالى عنه فرض العقل على اهل الديوان بمحضر من الصحابة رضى الله تعالى عنهم ولم ينكر عليه منكر منهم فكان ذلك اجماعا منهم فان قيل كيف يظن بهم الاجماع على خلاف ماقضى رسول الله عليه السلام قلنا هذا اجماع على

وفاق ماقضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم فانهم علموا ان رسول الله عليه السلام انما قضى على العشيرة باعتبار النصرة وقد كان قوة المرء ونصرته يومئذ بعشيرته ثم لما دون عمر رضي الله عنه الدواوين صارت القوة والنصرة بالديوان فلهذا قضى بالدية على اهل الديوان (تؤخذ من عطاياهم فى ثلاث سنين) من وقت القضاء بالدية والتقدير بثلاث سنين مروى عنه عليه السلام ومحكى عن عمر رضي الله عنه ولان الاخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج فى كل سنة مرة (فان خرجت ثلاث عطايا فى مدة اقل من ثلاث سنين او) فى مدة (اكثر) مثل ان تخرج عطاياهم فى ستة سنين مثلا (اخذ منها) اى من العطايا وحاصله انه اذا اخرجت للعاقلة ثلاث عطايا فى سنة واحدة يؤخذ منها كل الدية لوجود محل اداء الدية فلا فائدة فى التأخير واذا اخرجت فى ست سنين يؤخذ منهم فى كل سنة سدس الدية اذ الملحق ان يكون المأخوذ من الاعطية لا من اصول اموالهم وذلك يحصل بالاخذ من عطاياهم فى ثلاث سنين او اقل منها او اكثر وهذا اذا كانت العطايا فى السنين المستقبلة بعد القضاء بالدية حتى لو اجتمعت فى السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء (ومن لم يكن منهم) اى من اهل الديوان (فعاقلته قبيلته) لان نصرته بهم وهى المعتبرة فى هذا الباب (يؤخذ منهم فى ثلاث سنين) ايضا (من كل واحد) منهم (ثلاثة دراهم او اربعة) دراهم (كل سنة درهم) قوله كل بالنصب على الظرفية خبر مقدم ودرهم مبتدأ مؤخر (او) كل سنة (درهم وثلث) درهم (لا ازيد وهو الاصح) لمراعاة معنى التخفيف فيه (وقيل) يؤخذ من كل واحد (فى كل سنة ثلاثة دراهم او اربعة) دراهم فيكون المأخوذ من كل واحد فى ثلاث سنين تسعة دراهم او اثنى عشر درهما وانما كان القول الاول اصح لخروج هذا القول من حد التخفيف وبلوغه حد الجزية فى الثانى وقربه منه فى الاول وعند الشافعى يجب على كل واحد نصف دينار (فان لم تتسع القبيلة لذلك ضم اليهم اقرب القبائل اليهم نسبا) الاقرب فالاقرب (على ترتيب العصبات) وهم الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم واما الآباء والابناء فقيل يدخلون لانهم اقرب وقيل لا يدخلون لان الضم لنفى الحرج حتى لا يصيب كل واحد اكثر من ثلاثة او اربعة وهذا المعنى انما يكون عند الكثرة والآباء والابناء لا يكثرون ثم انهم قالوا ان هذا الجواب انما يستقيم فى حق العرب المحفوظة انسابهم فامكن ايجاب العقل على اقرب القبائل من حيث النسب واما العجم فلا يستقيم هذا الجواب فيهم لتضييعهم انسابهم فلا يمكن ايجاب الدية على اقرب القبائل اليهم نسبا واذا لم يمكن فقد اختلفوا

في هذه المسئلة فقال بعضهم يعتبر الحال والقرى الاقرب فالاقرب وقال بعضهم يجب الباقي في مال الجاني وفي البزازية اذا لم يكن للقاتل عاقلة فالدية في بيت المال وهو ظاهر الرواية وعليه الفتوى (والقاتل كاحدهم) لانه المباشر للقتل فلا معنى لاخراجه من العقل ومؤاخذة غيره وقال الشافعي لا يجب على القاتل شئ لانه اذا لم يجب عليه الكل فلا يجب عليه البعض اذا لجزء لا يخالف الكل قلنا ايجاب الكل اجحاف به ولا كذلك ايجاب البعض وعدم وجوب الكل لا ينفي وجوب البعض (وان كان) اى القاتل (ممن) اى قوم (يتناصرون بالحرف) جمع حرفة (او بالحلف) بكسر الحاء وهو التحالف على التناصر (فعلى اهل حرفته او) اهل (حلفه) لما بينهم من التناصر (وعاقلة المعتق) بفتح التاء (و) عاقلة (مولى الموالاة مولاه وعاقلته) يعني ان كلا من المعتق ومولى الموالاة عاقلته مولاه وعاقلة مولاه لان النصرة بهم ولقوله عليه السلام مولى القوم منهم وفي مولى الموالاة خلاف الشافعي (وعاقلة ولد الملاعنة عاقلة امه) لان نسبته اليهم فينتصرونه (فان ادعاه ابوه بعد ماعقلوا) اى عاقلة الام (عنه) اى عن ولد الملاعنة (رجعوا على عاقلته) اى عاقلة الاب (بما غرموا) في ثلاث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الام على عاقلة الاب لانه تبين ان الدية لم تكن واجبة عليهم لانه لما اكذب الاب نفسه ظهر ان النسب كان من الاب لان النسب يثبت منه من وقت العلوق لا من وقت الدعوة فتبين به ان عقل جنايته كان على عاقلة ابيه وان قوم الام تحملوا عن قوم الاب مضطرين في ذلك بالزام القاضي وانما يرجعون في ثلاث سنين لانهم ادوا هكذا (وانما تعقل العاقلة ما وجب بنفس القتل) وهو ما يجب بالخطاء او شبه العمد او السبب (فلا تعقل جناية عمد ولا جناية عبد ولا مالزم بصلح او اعتراف) لما روى ابن عباس رضي الله عنهما مرفوعا اليه صلى الله عليه وسلم انه قال لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا مادون ارش الموضحة ولانه لا يتناصر بالعبد والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور ولايته عليهم وارش الموضحة نصف العشر ولان تحمل العاقلة تحرزا عن الاجحاف بالخاطئ ولا اجحاف في القليل (الا ان يصدقوه) اى العاقلة المعترف فيما اقر به لان التصديق اقرار منهم فيلزمهم باقرارهم لان لهم ولاية على انفسهم والامتناع كان لحقهم وقد زال (ولا) تعقل العاقلة (اقل من نصف عشر الدية) وتحمل نصف العشر فصاعدا لما مر من قوله عليه الصلاة والسلام لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا وصلحا ولا اعترافا ولا مادون ارش الموضحة وارش الموضحة نصف عشر بدل النفس ولان

الايجاب على العاقلة لدفع الاجحاف عن الجانى وذلك فى القليل دون الكثير فلهذا اوجبنا الكثير على العاقلة والفاصل بينهما ارش الموضحة بالنص وما دون ذلك يكون فى مال الجانى (بل ذلك) اى الاقل من نصف عشر الدية (على الجانى) والقياس فيه احد الشيئين اما التسوية بين الكثير والقليل فى ايجاب الكل على العاقلة كما ذهب اليه الشافعى او التسوية بينهما فى ان لا يجب شئ على العاقلة كما فى ضمان المال لكنا تركنا القياس بالسنة وانما جاءت السنة فى ارش الجنين فى الايجاب على العاقلة وارش الجنين نصف عشر بدل الرجل فيقضى بذلك على العاقلة وفيما دونه يؤخذ بالقياس كذا فى الكافى (ولا تدخل النساء والصبيان فى العقل) لقول عمر رضى الله عنه لا يعقل مع العواقل صبى ولا امرأة ولان العقل انما يجب على اهل النصرة لتركهم مراقبته والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ماهو خلف النصرة والجزية وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او امرأة لا شئ عليهما من الدية لان وجوب جزء من الدية على القاتل انما هو باعتبار انه احد العواقل لانه ينصر نفسه والنصرة لا توجد فيهما وفى التبيين وهذا صحيح اذا قتله غيرهما واما اذا باشرا القتل بانفسهما فالصحيح انهما يشاركان العاقلة وكذا المجنون اذا قتل فالصحيح انه كواحد من العاقلة انتهى (ولا يعقل مسلم عن كافر وبالعكس) اى لا يعقل كافر عن مسلم لعدم التناصر (ويعقل الكافر عن الكافر وان اختلفا ملة) لان الكفر ملة واحدة (ان لم تكن العداوة بين الملتين ظاهرة كاليهود مع النصارى) فان العداوة فيهما ظاهرة فلا يعقل بعضهم بعضا لعدم التناصر بظهور العداوة بينهم هكذا روى عن ابى يوسف (وان لم يكن للذمى عاقلة فالدية فى ماله فى ثلاث سنين) من يوم يقضى عليه كما فى حق المسلم لما ان الوجوب على القاتل وانما يتحول عنه الى العاقلة لو كانت موجودة فاذا لم توجد كانت الدية عليه (والمسلم) اذا لم تكن له عاقلة (يعقل عنه بيت المال) لان الدية تجب بالنصرة وجماعة المسلمين يتناصرون (وقيل) المسلم (كالذمى) تجب الدية فى ماله اذا لم تكن له عاقلة (وان جنى حر على عبد خطاء فعلى العاقلة) لانه ضمان الآدمى فتجب على العاقلة اذا كان القتل خطاء قياسا على الحر وقال الشافعى فى قول تجب على القاتل لانه بدل المال عنده حتى اوجب قيمته بالغة ما بلغت ولا خلاف فى اطراف العبد ان ضمانها لا يجب على العاقلة لانه يسلك بها مسلك الاموال ولا تعقل العاقلة ما جنى العبد على حر لان المولى فى كونه مخاطبا بجناية العبد بمنزلة العاقلة فلا تحمل عن العاقلة عواقلهم فكذا لا تتحمل جناية العبد عاقلة مولاه والاصل فى ذلك قوله عليه الصلوة والسلام لا تعقل العاقلة عبدا ولا عمدا

﴿ كتاب ﴾

﴿ كتاب الوصايا ﴾

لايخفى ظهور مناسبة ايراد كتاب الوصايا فى آخر الكتاب لان آخر احوال الآدمى فى الدنيا الموت والوصية معاملة وقت الموت وله اختصاص بكتاب الجنايات والديات والجناية قد تفضى الى الموت الذى وقته وقت الوصية والوصية فى الاصل اسم بمعنى المصدر ثم سمى الموصى به وصية كما فى العناية ومنه قوله تعالى من بعد وصية توصون بها اودين (الوصية) فى الشرع (تمليك مضاف الى مابعد الموت) يعنى بطريق التبرع سواء كان عينا اومنفعة وسببها ان يذكر بالخير فى الدنيا ونيل الدرجات العالية فى العقبى ومن شرائطها كون الموصى اهلا للتمليك والموصى له اهلا للتملك والموصى به بعد موت الموصى مالا قابلا للتمليك من الغير بعقد من العقود ومنها عدم الدين ومنها التقدير بثلث التركة حتى انها لاتصح فيما زاد على الثلث ومنها كون الموصى له اجنبيا حتى لاتجوز الوصية للوارث الاباجازة بقية الورثة وركنها ان يقول اوصيت بكذا لفلان ومايجرى مجراه من الالفاظ المستعملة فيها واما حكمها فى حق الموصى له ان يملك الموصى به ملكا جديدا كما فى الهبة وفى حق الموصى اقامة الموصى له فيما اوصى به مقام نفسه كالوارث واما صفتها فاذكره فى المتن بقوله (وهى مستحبة بمادون الثلث ان كان الورثة اغنياء اويستغنون بانصبائهم) لانه تردد بين الصدقة على الاجنبى والهبة بالترك للقريب والاول اولى لقوله عليه السلام اوصدقة يبتغى بها رضاء الله تعالى (والا) اى وان لم تكن الورثة اغنياء ولايستغنون بانصبائهم (فتركها) اى الوصية (احب) لمافيه من الصدقة على القريب وقدقال عليه السلام افضل الصدقة على ذى الرحم الكاشح ولان فيه حق الفقير والقرابة جميعا (ولاتصح) الوصية (بمازاد على الثلث) لقوله عليه السلام فى حديث سعد بن ابى وقاص رضى الله تعالى عنه انه قال جاء رسول الله عليه السلام يعودنى من وجع اشتدبى فقلت يارسول الله قدبلغ بى من الوجع ماترى وانا ذومال ولايرثنى الاابنة لى افاتصدق بثلثى مالى قال لاقلت فالشطر يارسول الله قال لاقلت فالثلث قال الثلث والثلث كثير اوكبير انك ان تذر ورثتك اغنياء خير لك من ان تدعهم عالة يتكففون الناس (ولايصح) الوصية (لقاتله) اى المورث (مباشرة) لقوله عليه السلام لاوصية للقاتل وقيد بقوله مباشرة احترازا عن القتل تسببا فانه لايمنع صحة الوصية لعدم تناوله النص (ولا لوارثه) لقوله عليه السلام ان الله تعالى اعطى كل ذى حق حقه الا لاوصية لوارث ولان بقية الورثة يتأذون بايثاره بعضهم ففى تجويزه قطيعة الرحم (الاباجازة الورثة)

استثناء مما تقدم من عدم الصحة بما زاد على الثلث وعدم صحة الوصية لقاتله ووارثه يعني لا تصح الوصية بما زاد على الثلث ولا للقاتل ولا للوارث في حال من الاحوال الا في حال التباسها باجازة الورثة فتصح لان عدم الجواز كان لحقهم فيجوز باجازتهم ولما روى ابن عباس رضي الله تعالى عنهما انه عليه السلام قال لا تجوز وصية لوارث الا ان يشاءها لورثة ويشترط ان يكون المجيز من اهل التبرع بان يكون عاقلا بالغا وان اجاز البعض دون البعض يجوز على المجيز بقدر حصته دون غيره لولايته على نفسه فقط ولا تعتبر اجازة الورثة في حال حيوة الموصي حتى كان لهم ان يرجعوا بعد موت الموصي (وتصح) الوصية (بالثلث) للاجنبي (وان لم يجيزوا) لقوله عليه السلام ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم في آخر اعماركم زيادة لكم في اعمالكم فضعوها حيث شئتم اوقال حيث احببتم وللاجماع على ذلك (وتصح الوصية من المسلم للذمي وبالعكس) فالاول لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين والثاني لانه بعقد الذمة ساوى المسلم في المعاملات والتبرعات حتى جاز التبرع من الجانبين في حال الحيوة فكذا بعد الممات وفي الجامع الصغير الوصية لحربي هو في دارهم باطلة لانها بر وصلة وقد نهينا عن برمن يقاتلنا لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية وفي السير الكبير ما يدل على الجواز ووجه التوفيق انه لا ينبغي ان يفعل وان فعل جاز كذا في الكافي وفيه تأمل واما وصية الحربي بعدما دخله دارنا بامان فانها جائزة لان له ولاية تمليك المال في حيوته فكذا بعد مماته حتى انه لا فرق بين وصيته بالثلث او بجميع ماله لان المسلم انما منع من الوصية بما زاد على الثلث لحق ورثة المسلمين فان حقهم معصوم من الابطال بخلاف ورثة الحربي لان حقهم غير معصوم فلذلك لم يمنع حقهم صحة الوصية بالجميع كما في شروح الجامع الصغير (وتصح) الوصية (للحمل وبه) اى بالحمل (ان كان بينها) اى بين الوصية (وبين ولادته) اى الحمل (اقل من ستة اشهر) من وقت الوصية اما الاول فلان الوصية اخت الميراث لانها استخلاف من وجه اذا الموصى له يخلفه في بعض ماله كالارث ولهذا لا يحتاجان الى القبض والجنين صلح خليفة في الارث فكذا في الوصية الا انها ترتد بالرد لان فيها معنى التمليك بخلاف الارث فانه استخلاف مطلق وبخلاف الهبة لانها تمليك محض ولا ولاية لاحد عليه حتى يملكه شيئا فان قيل ان الوصية شرطها القبول والجنين ليس من اهله فكيف تصح قلنا الوصية تشبه الهبة وتشبه الميراث فلشبهها بالهبة يشترط القبول اذا امكن ولشبهها بالميراث يسقط القبول اذا لم يمكن عملا بالشبهين واما الثاني فانه تجرى فيه الوراثة فتجرى فيه الوصاية لما مر ان الوصاية اخت الميراث وقد تيقنا بوجوده يوم الموت اذا اتت

بالمولد لأقل من ستة اشهر من يوم الموت (ولاتصح الهبة له) اى للحمل لما ان الهبة من شرطها القبول ولايتصور ذلك من الجنين ولايلى عليه احد حتى يقبض عنه (وان او صى بامه) اى ام الحمل (دونه) اى الحمل (صحت الوصية والاستثناء) لان اسم الامة وان لم يتناول الحمل لفظا لكنه يستحق باطلاق اللفظ تبعا لها فاذا افردها بالوصية صح افرادها فان قيل اذا لم يتناوله اللفظ فكان ينبغى ان لايصح الاستثناء لانه اخراج مما تناوله المستثنى منه قلنا كفى بصحته التزى بزيه كما فى استثناء ابليس من الملائكة على القول بانه من الجن على ان صحة الاستثناء لايفتقر الى التناول اللفظى بدليل صحة استثناء قفيز حنطة من الف درهم ولان الاصل ان مايصح افراده بالعقد يصح استثناؤه ومالايصح افراده بالعقد لايصح استثناؤه ويصح افراد الحمل بالوصية فيصح استثناؤه غاية الامر انه يكون استثناء منقطعا بمعنى لكن حيث لم يدخل تحت اللفظ (ولابد فى الوصية من القبول) لان الايصاء تمليك فلابد من القبول (ويعتبر) القبول (بعد موت الموصى) لان اوان ثبوت حكمها بعد موت الموصى (ولااعتبار للرد والقبول فى حيوته) اى حيوة الموصى كما اذا قال لامرأته طالق غدا على درهم فان ردها وقبولها باطل قبل الغد (وبه) اى بالقبول (تملك الوصية) ولاتملك قبله لان الوصية اثبات ملك جديد ولا يملك واحد اثبات الملك لغيره بلا اختيار (الا ان يموت الموصى له بعد موت الموصى قبل القبول فانه) اى الموصى له (يملكها) اى الوصية (وتصير لورثته) اى ورثة الموصى له ولا حاجة الى القبول وهذا استحسان والقياس ان تبطل الوصية لما تقرر ان احدا لايقدر على اثبات الملك لغيره بدون اختياره فصار كموت المشترى قبل القبول بعد ايجاب البايع ووجه الاستحسان ان الوصية من جانب الموصى وقد تمت بموته تماما لايلحقه الفسخ من جهته وانما يتوقف لحق الموصى له فاذا مات دخل فى ملكه كما فى البيع المشروط فيه الخيار للمشترى او البايع ثم مات من له الخيار قبل الاجازة (ولاتصح) الوصية (من صبى ولامكاتب وان ترك وفاء) اما عدم صحة الوصية من الصبى فلانه تبرع كالهبة والصدقة وذلك لان اعتبار عقله فيما ينفعه دون مايضره الايرى انه لايعتبر عقله فى حق الطلاق او العتاق لان ذلك يضره باعتبار اصل الوضع فكذا تمليك المال بطريق التبرع فيه ضرر باعتبار اصل الوضع وان كان يتفق نافعا باعتبار الحال والمعتبر فى النفع والضرر النظر الى اوضاع التصرفات لاالى مايتفق بحكم الحال واما وصية المكاتب فعلى ثلثة اقسام قسم باطل بالاجماع وهو الوصية بعين من اعيان ماله لانه لاملك له حقيقة وقسم يجوز بالاجماع وهو ما

اذا اضاف الوصية الى ما يملكه بعد العتق بان قال اذا اعتقت فثلث مالى وصية لفلان حتى لو عتق قبل الموت باداء بدل الكتابة اوغيره ثم مات كان للموصى له ثلث ماله وان لم يعتق حتى مات عن وفاء بطلت الوصية لان الملك لم يوجد له حقيقة وانما ثبت بطريق الضرورة فلا يظهر فى حق نفاذ الوصية وقسم مختلف فيه وهو ماذا اقال اوصيت بثلث مالى لفلان ثم عتق فالوصية باطلة عند الامام وعندهما جائزة (والوصية مؤخرة من الدين) لان اداءه فرض والوصية تبرع فيبدأ بالفرض (فلا تصح) الوصية (ممن يحيط دينه بماله الا ان يبرأه الغرماء) فح تصح لزوال المانع وهو بقاء الدين فاذا ابرأه الغرماء نفذت الوصية على الحد المشروع لحاجته اليها (وللموصى ان يرجع فى وصيته) لانه تبرع فجاز رجوعه عنها كالهبة ولان قبول الوصية بعد الموت فجاز له الرجوع عنها قبل القبول كما فى سائر التصرفات ثم الرجوع قد يثبت صريحا وقد يثبت دلالة فلهذا قال (قولا) كأن يقول رجعت عن وصيتى (او فعلا) وهو مافسره بقوله (يقطع) صفة فعلا (حق المالك فى الغصب) اى فى المغصوب كقطع الثوب او خياطته (او يزيل ملكه كالبيع والهبة) فانه اذا باع الموصى به اووهبه كان رجوعا دلالة والدلالة تقوم مقام الصريح فقام الفعل المذكور مقام القول (وان) وصلية (اشتراه) اى الموصى به (اورجع) عن الهبة (بعد ذلك) اى بعد ماذكر من البيع والهبة وزوال الملك ولا يجدى تملكه ثانيا بالشراء او الرجوع (او يوجب) معطوف على قوله يقطع الواقع صفة لفعلا اى له ان يرجع عن وصيته بان فعل فعلا يوجب (فى الموصى به زيادة لايمكن التسليم الا بها) اى بتلك الزيادة (كلت السويق بسمن والبناء فى الدار والحشو بالقطن وقطع الثوب وذبح الشاة رجوع) قوله والبناء فى الدار والحشو بالقطن يجوز ان يكونا معطوفين على لت السويق وقوله وقطع الثوب مبتدأ خبره قوله رجوع ويجوز ان يكون المبتدأ هو قوله والبناء وما عطف عليه والخبر هو رجوع والاول هو الاظهر لابتنائه على امتناع التسليم واما قطع الثوب وذبح الشاة فلبنائه على الاستهلاك وكون ذلك الفعل يدل على ان مثله للصرف الى حاجته فتبطل به الوصية ويكون رجوعا (لاغسل الثوب وتجصيص الدار وهدمها) فانه ليس رجوع لان ذلك ليس بتصرف فى نفس ما وقعت الوصية به ولانه تصرف فى البناء والبناء تبع والتصرف فى التبع لايدل على اسقاط الحق عن الاصل وكذا هدم البناء تصرف فى التابع (والجحود ليس برجوع عند محمد خلافا لابى يوسف) قال فى الجامع الكبير ومن جحد الوصية لم يكن رجوعا وذكر فى المبسوط انه رجوع قيل ماذكر فى الجامع محمول على

ان الجحود كان عند غيبة الموصى له وهذا لايكون رجوعا على الروايات كلها وماذكر فى المبسوط محمول على ان الجحود كان عند حضرة الموصى له وعند حضرته يكون رجوعا وقيل فى المسئلة روايتان وقيل ماذكر فى الجامع قول محمد وماذكر فى المبسوط قول ابى يوسف وهو الاصح لابى يوسف ان الرجوع نفى الوصية فى الحال والجحود نفيها فى الماضى والحال فهذا اولى ان يكون رجوعا ولمحمد ان الرجوع عن الشئ يقتضى سبق وجود ذلك الشئ وجحود الشئ يقتضى سبق عدمه فلوكان الجحود رجوعا لاقتضى وجود الوصية وعدمها فيما سبق وهو محال (ولاقوله اخرت الوصية) بان قيل له اخر الوصية فقال اخرتها لايكون رجوعا لان التأخير ليس باسقاط بخلاف قوله تركت الوصية لان الترك اسقاط (اوكل وصية اوصيت بها لفلان فهى حرام) فانه لايكون رجوعا عن الوصية (ولوقال مااوصيت به فهو لفلان فرجوع) لان اللفظ يدل على قطع الشركة واثبات التخصيص له فاقتضى رجوعا عن الاول بخلاف ما اذا اوصى به لآخر ايضا فانه لايكون رجوعا لان المحل صالح للشركة واللفظ يقبلها فيكون مشتركا بينهما (الا ان يكون فلان الثانى ميتا) حين اوصى فالوصية الاولى تكون على حالهما (وتبطل هبة المريض ووصيته لاجنبية نكحها بعدها) اى بعد ماذكر من الهبة والوصية هكذا وجد فى عامة النسخ بضمير التأنيث والظ ان تكون النسخة بعدهما اى بعد الهبة والوصية والاصل فى هذا الفصل ان المعتبر كون الموصى له وارثا اوغير وارث وقت الموت لاوقت الوصية لانه تمليك مضاف الى مابعد الموت فيعتبر وقت التمليك حتى لواوصى الى اخيه وهو وارث ثم ولد له ابن صحت الوصية للاخ وعكسه اذا اوصى الى اخيه وله ابن ثم مات الابن قبل موت الموصى بطلت الوصية للاخ لما ذكرنا والهبة والصدقة من المريض لوارثه نظير الوصية لانه وصية حكما حتى تعتبر من الثلث واقرار المريض للوارث على عكسه فيعتبر كونه وارثا اوغير وارث عند الاقرار لانه تصرف فى الحال فيعتبر حاله فى ذلك الوقت حتى لواقر لشخص وهو ليس بوارث له جاز الاقرار له وان صار وارثا بعد ذلك لكون شرطه ان يكون وارثا بسبب حادث بعد الاقرار وهو الحرية وكذا لو اقر لاجنبية ثم تزوجها لايبطل اقراره لها واما اذا ورث بسبب قائم عند الاقرار لايصح كما لو اقر لاخيه المحجوب ثم مات ابنه (وكذا اقراره ووصيته وهبته لابنه الكافر اوالرقيق ان اسلم اوعتق بعد ذلك) اى بعد ماذكر من الاقرار والوصية والهبة اما الوصية والهبة فلما مر ان المعتبر فيهما حال الموت واما الاقرار فانه وان كان ملزما بنفسه لكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار فيورث تهمة الايثار فصار باعتبار

التهمة ملحقا بالوصايا (وهبة المقعد) وهو العاجز عن المشى لداء فى رجليه (والمفلوج) الفلج داء يعرض فى نصف البدن فيمنعه عن الحس والحركة الارادية (والاشل) وهو الذى فى يده ارتعاش وحركة (والمسلول) وهو الذى يكون به مرض السل وهو قرح فى الرية تعتبر وصيته (من كل ماله ان طال) مدة مرضه وقدروه بالسنة (ولم يخف موته منه) اى من المرض (والا) اى وان لم يطل مدة مرضه وخيف موته منه (فمن ثلثه) اى ثلث ماله يعنى ان من كان مبتلى بواحد من هذه الامراض وتصرف بشئ من التبرعات ثم مات قبل تمام سنة مشتملة على الفصول الاربعة كان المرض مرض الموت فتعتبر تبرعاته من ثلث ماله وان مات بعد تمام السنة من حين تبرعه تبين انه لم يكن مريضا مرض الموت لانه اذا سلم فى فصول السنة الاربعة التى كل واحد منها مظنة الهلاك صار المرض بمنزلة طبع من طبايعه وخرج صاحبه من احكام المرضى حتى لايشتغل بالتداوى كما فى الدرر وفى البزازية والمريض الذى يكون تصرفه من الثلث بان يكون ذا فراش بحيث لايطيق القيام لحاجته وتجوز له الصلوة قاعدا ويخاف عليه الموت كالفالج اوصار مزمنا او يابس الشق لايكون له حكم المريض الا اذا تغير حاله عن ذلك ومات من ذلك التغير فما فعل فى حال التغير فمن الثلث قال الفضلى مرض الموت ان لايخرج الى حوايج نفسه وعليه اعتمد فى التجريد انتهى

باب الوصية بثلث المال

لما كان اقصى مايدور عليه مسائل الوصايا عند عدم اجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التى تتعلق به فى هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب (ولو اوصى لكل من اثنين بثلث ماله ولم يجز وارثه) ذلك (قسم الثلث بينهما نصفين) يعنى اذا اوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما نصفان لانهما استويا فى سبب الاستحقاق فيستويان فى الاستحقاق والثلث يضيق عن حقهما والمحل يقبل الشركة فيكون الثلث بينهما نصفين لاستواء حقهما ولم يوجد مايدل على الرجوع عن الاولى (ولو اوصى لاحدهما بثلثه وللآخر بسدسه) ولم يجز الورثة (قسم) الثلث بينهما (اثلاثا) بالاجماع لان كل واحد منهما يستحق بسبب صحيح شرعا وضاق الثلث عن حقهما اذ لامزيد للوصية على الثلث فيقسم على قدر حقهما بان يجعل الثلث ثلثة اسهم سهم لصاحب السدس وسهمان لصاحب الثلث (ولو) اوصى (لاحدهما بثلثه وللاخر بثلثيه او بنصفه او بكله) ولم تجز الورثة (ينصف الثلث بينهما) عند الامام لان الوصية باكثر من الثلث اذا لم تجزها

الورثة تكون باطلة فكانه اوصى بالثلث لكل واحد فينصف الثلث بينهما في جميع هذه الصور (وعندهما يثلث) الثلث (في الاول) اي في وصيته للآخر بثلثيه فيكون لصاحب الثلث سهم منه ولصاحب الثلثين سهمان (و يخمس) الثلث (خمسين وثلثة اخماس في الثاني) اي في وصيته للآخر بنصفه فيكون خمساه لصاحب الثلث وثلثة اخماسه لصاحب النصف لان مخرج الثلث والنصف اذا اجتمعا يكون ستة ونصفه ثلثة وثلثه اثنان فيكون المجموع خمسة اسهم فيقسم الثلث بهذه السهام (و يربع) الثلث (في الثلث) اي في وصيته للاخر بكله فيكون لصاحب الثلث ربعه ولصاحب الكل ثلثة ارباعه وهذا الخلاف مبني على اصل مختلف فيه بين الامام وصاحبيه والى هذا اشار بقوله (ولا يضرب) على صيغة المبني للمفعول (للموصى له بما زاد على الثلث عند الامام) قال في شرح الوقاية المراد بالضرب الضرب المصطلح عند الحساب فاذا اوصى بالثلث والكل فعند الامام سهام الوصية اثنان لكل واحد نصف يضرب النصف في ثلث المال فالنصف في الثلث يكون نصف الثلث وهو السدس فينصف الثلث بينهما في الصور الثلاث كلها وعندهما يقسم الثلث في الصورة الاولى على ثلثة اسهم سهم لصاحب الثلث وسهمان لصاحب الثلثين وعلى خمسة في الصورة الثانية ثلثة للموصى له بالنصف وسهمان للموصى له بالثلث وعلى اربعة في الصورة الثالثة ثلثة للموصى له بالكل وواحد للموصى له بالثلث (الا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة) اما المحاباة فصورتها انه اذا كان عبد ان لرجل قيمة احدهما الف ومائة وقيمة الاخر ستمائة فاوصى بان يباع احدهما لفلان بمائة والاخر لفلان بمائة فان المحاباة حصلت لاحدهما بالف وللآخر بخمسمائة والكل وصية لكونها في حالة المرض فان لم يكن للموصى مال غيرهما ولم تجز الورثة جازت المحاباة بقدر الثلث فيكون بينهما اثلاثا يضرب الموصى له بالالف بحسب وصيته وهي الالف والموصى له الآخر بحسب وصيته وهي خمسمائة فلو كان هذا كسائر الوصايا على قول الامام وجب ان لا يضرب الموصى له بالالف في اكثر من خمسمائة واما السعاية فصورتها ان يوصي بعتق عبدين قيمة احدهما الف وقيمة الآخر الفان ولا مال له غيرهما ان اجازت الورثة عتقا جميعا وان لم يجيزوا عتقا جميعا من الثلث وثلث ماله الف فالالف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الالف للذي قيمته الفان ويسعى في الباقي والثلث للذي قيمته الف و يسعى في الباقي واما الدراهم المرسلة اي المطلقة عن كونها ثلثا او نصفا او نحوهما فصورتها ان يوصي لرجل بالفين ولآخر بالف وثلث ماله الف ولم تجز الورثة فانه يكون بينهما اثلاثا (وتبطل الوصية

بنصيب ابنه) يعنى لو اوصى بنصيب ابنه من ميراثه لغيره بطلت لان ماهو حق الابن لايصح ان يوصى به لغيره لمافيه من تغيير مافرض الله تعالى (ويصح الوصية (بمثل نصيب ابنه) اذلا مانع منه لان مثل الشئ غيره سواء كان له ابن موجود اولا كما فى العناية وقال زفر كلتاهما صحيحتان لان الجميع ماله فى الحال وذكر نصيب الابن للتقدير مع انه يجوز ان يكون على تقدير المضاف وهو مثل ومثله شايع قال الله تعالى واسئل القرية اى اهلها (فلو كان له ابنان) واوصى بمثل نصيب ابنه لآخر (فللموصى له الثلث) والقياس ان يكون له النصف عند اجازة الورثة لانه اوصى له بمثل نصيب ابنه ونصيب كل واحد منهما النصف ووجه مافى المتن انه قصد ان يجعله مثل ابنه لان يزيد نصيبه على نصيب ابنه وحاصله ان يجعل الموصى له كاحدهما (وان كان له ثلثة بنين) واوصى بمثل نصيب ابنه لآخر (فالربع) على هذا القياس (وان اوصى بجزء من ماله فالتعيين مفوض (الى الورثة) فيقال لهم اعطوه ماشئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير والوصية لاتبطل بالجهالة والورثة قائمون مقام الموصى فكان اليهم بيانه (وان) اوصى (بسهم) من ماله (فالسدس) عند الامام (وعندهما مثل نصيب احدهم) اى احد الورثة (الا ان يزيد) النصيب (على الثلث ولااجازة من الورثة) وسوى فى الكنز بين السهم والجزء وهو اختيار بعض المشايخ والمروى عن الامام ان السهم عبارة عن السدس وروى مثل ذلك عن ابن مسعود رضى الله تعالى عنه وفى المجمع ولو اوصى بسهم من ماله فله احسن السهام يعنى عند الامام ولايزاد على السدس لان مخرج السدس اعدل المخارج فلايتجاوز عنه كما فى الاقرار وهذا اشارة الى جواب سؤال وهو ان يقال ان احسن الايصاء اقله والثمن اقل من السدس فكيف جعله بمعنى السدس وقد اجاب عنه فى العناية بان جعله بمعناه بما ورد من الاثر واللغة اما الاثر فاروى عن ابن مسعود رضى الله عنه وقد رفعه الى النبى صلى الله عليه وسلم فيما يروى ان السهم هو السدس واما اللغة فان اياس بن معاوية قاضى البصرة قال السهم فى اللغة عبارة عن السدس قالوا اى المشايخ هذا فى عرفهم وفى عرفنا السهم كالجزء فالتعيين فيه مفوض الى رأى الورثة (وان اوصى له بسدس ماله ثم بثلث ماله) بان قال سدس مالى لفلان ثم قال فى ذلك المجلس او مجلس آخر ثلث مالى لفلان (واجازوا) اى الورثة (فله الثلث) لكون السدس داخلا فى الثلث فلايتناول اكثر من الثلث (وان) اوصى (بسدسه لفلان ثم بسدسه له فله) اى للموصى له (السدس) الواحد (سواء اتحد المجلس او اختلف) هذا قيد للمسئلتين معا وانما كان له السدس فى هذه الصورة لان المعرفة اذا اعيدت معرفة

كانت الثانية عين الاولى كما تقرر في الاصول وكما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا لن يغلب العسر يسرين وههنا سؤال ذكره صدر الشريعة ولم يجب عنه وهو ان قوله ثلث مالي له ان كان اخبارا فكاذب وان كان انشاء يجب ان يكون له النصف عند اجازة الورثة وان كان في السدس اخبارا وفي الثلث انشاء فهو ممتنع واجاب عنه صاحب الدرر بانا نختار انه انشاء وانما لم يجب له النصف عند الاجازة لو كان النصف مدلول اللفظ وليس كذلك فان السدس والثلث في كلامه شايع وضم الشايع الى الشايع لايفيد ازديادا في المقدار بل يتعين الاكثر مقدما كان اومؤخرا ولهذا قال الجمهور في تعليله لان الثلث متضمن للسدس فان التضمن لايتصور الا الشايع وضم السدس الشايع الى الثلث الشايع لا يفيد زيادة في العدد ولا يتناول اكثر من الثلث وفائدة الاجازة انما تظهر فيما يكون متناول اللفظ والاكان براسا تأنفا الاجازة وفي العناية فان قيل فاي فائدة في قوله اذا اجازت الورثة فالجواب ان معناه حقه الثلث وان اجازت الورثة لان السدس يدخل في الثلث من حيث انه يحتمل انه اراد بالثانية زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل انه اراد ايجاب ثلث على السدس فيجعل السدس داخلا في الثلث لانه متيقن وحملا لكلامه على ما يملكه وهو الايصاء بالثلث انتهى (ولو اوصى بثلث دراهمه اوثلث غنمه اوثلث ثيابه وهي) اي الثياب (من جنس واحد فهلك الثلثان وبقي الثلث فله الباقي ان خرج من الثلث) اي من ثلث ما بقي من ماله وهو الجميع من الباقي وقال زفر له ثلث الباقي (وكذا كل مكيل وموزون) اي اذا هلك الثلثان فللموصى له ثلث الباقي وفي التسهيل اشارة الى انه يشترط ان يكون المكيل والموزون من جنس واحد (وان) اوصى (بثلث ثيابه وهي متفاوتة) اي ليست من جنس واحد (فهلك الثلثان فله ثلث ما بقي) من الثياب لاختلاف الجنس (وان) اوصى (بثلث عبيده) فهلك الثلثان (فكذلك) اي يكون له ثلث ما بقي من العبيد عند الامام بناء على ان الظاهر هو اختلاف اجناسهم للتفاوت بين افرادهم فلا يمكن جمع حق احدهم في الواحد (وعندهما فله كل الباقي) لانهم جنس واحد حقيقة وان تفاوتت افرادهم في الظاهر وهذا الخلاف مبني على قسمة الرقيق فعند الامام يقسم كل عبد على حدة فما هلك يهلك على الاشتراك بين الموصى له و بين الورثة وعندهما يقسم الكل قسمة واحدة (وقيل انهما يوافقان) الامام في العبيد فقط فلا خلاف بينهم في ان له ثلث ما بقي (والدواب كالعبيد) اختلافا واتفاقا (وان اوصى بالف وله عين ودين فهي عين ان خرجت الالف من ثلث العين) فان كان له ثلاثة آلاف وهي نقد

اوعين قيمتها ثلاثة آلاف درهم فيدفع له الالف لانه امكن ايصال كل مستحق الى حقه بلا بخس فيصار اليه (والا) اى وان لم تخرج الالف من ثلث العين بان كان النقد ايضا الفا اوالعين قيمتها الف مثلا (دفع ثلث العين) للموصى له بالغاما بلغ (و) دفع للموصى له (ثلث مايستوفى من الدين الى ان يتم) الالف لان الموصى له شريك الوارث فلو خصصناه بالعين لبخسنا فى حق الورثة لان للعين مزية على الدين اذ العين مال مطلقا والدين مال فى المآل لا فى الحال وكان تعديل النظر من الجانبين فيما قلنا (وان اوصى بالثلث من ماله لزيد وعمرو واحدهما ميت فكله) اى الثلث (للحى) لان الميت ليس باهل للوصية فلا يزاحم الحى الذى هو اهلها وعن ابى يوسف انه اذا لم يعلم بموته كان له نصف الثلث بخلاف ما اذا علم بموته لانه ح يكون لغوا فكان راضيا بكل الثلث للحى (وان قال) ثلث مالى (بين زيد وعمرو واحدهما ميت فالنصف) اى نصف الثلث (للحى) لان مقتضى هذا اللفظ ان يكون لكل منهما نصف الثلث بخلاف ماتقدم (وان اوصى لثلث ماله ولا مال له) عند الوصية (فاكتسب) الموصى مالا بعد الوصية (فله) اى للموصى له (ثلث ماله عند الموت) لان الوصية تمليك مضاف الى مابعد الموت فيشترط وجود المال عند الموت لاقبله (وان) اوصى (بثلث غنمه ولاغنم له) اصلا (اوكان له) غنم (فهلك قبل موته) اى الموصى (بطلت) الوصية لما مر انها ايجاب بعد الموت فيعتبر قيامه عنده ولم يوجد وهذه وصية متعلقة بالعين فتبطل بهلاكها عند الموت (وان استفاد) الموصى غنما ثم مات صحت وصيته فى) القول (الصحيح) لانها لوكانت بلفظ المال تصح فكذا اذا كانت باسم نوعه وهذا لان وجوده قبل موته فضل اذ المعتبر وجوده عند الموت وانما قال فى الصحيح احترازا عن قول بعض المشايخ ان الوصية باطلة لانه اضاف الى مال خاص فصار بمنزلة التعيين (وان اوصى بشاة من ماله ولا شاة له فله) اى للموصى له (قيمتها) اى الشاة لانه لما قال من مالى دل على ان غرضه الوصية بمالية الشاة اذ ماليتها توجد فى مطلق المال (وتبطل) الوصية (لو) اوصى (بشاة من غنمه ولا غنم له) لانه لما قال من غنمى دل على ان غرضه عين الشاة حيث جعلها جزأ من الغنم بخلاف فما اذا اضافها الى المال ولو اوصى بشاة ولم يضفها الى ماله ولا غنم له لا تصح لان المصحح اضافتها الى المال وبدون الاضافة الى المال يعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل تصح لانه لما ذكر الشاة وليس فى ملكه شاة علم ان مراده المالية (وان اوصى بثلث ماله لامهات اولاده وهن) اى امهات اولاده (ثلاث وللفقراء والمساكين فلهن) اى لامهات اولاده (ثلاثة اخماسه ولكل فريق) من الفقرا والمساكين (خمس) عند الشيخين (وعند محمد) لامهات اولاده (ثلاثة اسباعه) فيقسم على سبعة اسهم للفقراء سهمان وللمساكين سهمان ولامهات اولاده

ثلاثة اسهم واصله ان الوصية للفقراء والمساكين تتناول الواحد منهم عند الشيخين لان اسم الجنس يتناول الواحد ويحتمل الكل قال الله تعالى لا يحل لك النساء من بعد وقد تعذر صرفه الى الكل فيتعين الواحد وعند محمد انها تتناول الجمع وادناه اثنان فصاعدا في الوصايا والوصية لامهات الاولاد جائزة لانها ايجاب مضاف الى مابعد الموت وهن بعد الموت حرائر وانهما جنسان بدليل عطف احدهما على الآخر في النص ومقتضاه المغايرة فيصير عدد المستحقين خمسة عندهما وعنده سبعة كما في الكافي (وان اوصى بثلث ماله لزيد وللفقراء فله) اى لزيد (نصفه) اى نصف الثلث (ولهم) اى للفقراء (ثلثاه) اى ثلثا الثلث (وان اوصى بمائة لزيد ومائة لعمرو ثم قال لبكر اشركتك معهما فله) اى لبكر (ثلث ما) استقر (لكل) واحد من زيد وعمرو من المائة لان الشركة للمساواة لغة ولهذا حمل قوله تعالى فهم شركاء في الثلث على المساواة وقد امكن اثبات المساواة بين الكل في الاولى لاستواء المالين فيأخذ من كل واحد منهما ثلث المائة فتم له ثلثا المائة ويأخذ كل واحد منهما ثلثي المائة (ولو اوصى بمائة لزيد وخمسين لعمرو) ثم قال لبكر اشركتك معهما (فلبكر نصف مالكل منهما) لانه لا يمكن المساواة بين الكل هنا لتفاوت المالين فحملناه على مساواة الثالث مع كل منهما بما سماه له فيأخذ النصف من كل واحد من المالين وفي المنح ولو اوصى لرجل بجارية ولآخر بجارية اخرى ثم قال لآخر اشركتك معهما فان كانت قيمة الجاريتين متفاوتة كانت له نصف كل واحدة منهما بالاجماع وان كانت قيمتهما على السواء فله ثلث كل واحدة منهما عندهما وعند الامام نصف كل واحدة منهما بناء على ماتقدم من انه لا يرى قسمة الرقيق فيكون الجنسان مختلفين وهما يريانها فصار كالدراهم المتساوية انتهى (وان قال لفلان على دين فصدقوه) على صيغة الامر (فانه يصدق الى الثلث) اى اذا ادعى المقر له الدين اكثر من الثلث وكذبه الورثة وهذا استحسان والقياس ان لا يصدق لانه امرهم بخلاف حكم الشرع وهو تصديق المدعي بلا حجة ولان قوله لفلان على دين اقرار بالمجهول والاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان وقد فات وجه الاستحسان انه سلطه على ماله بما اوصى وهو يملك هذا التسليط بمقدار الثلث بان يوصيه له ابتداء فيصح تسليطه ايضا بالاقرار له بمجهول والمرء قد يحتاج الى ذلك بان يعرف اصل الحق عليه ولا يعرف قدره فيسعى في فكاك رقبته بهذا الطريق فتحصل وصيته في حق التنفيذ وان كان دينا في حق المستحق وجعل التقدير فيها الى الموصى له فلهذا يصدق في الثلث دون الزيادة

(فان اوصى مع ذلك الاقرار بالمجهول بوصايا عزل ثلث لها) اى لارباب الوصايا (وثلثان للورثة) لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة والدين مجهول فلا يزاحم المعلوم (ويقال لكل) من الموصى لهم والورثة (صدقوه) اى فلان المقرله (فيما شئتم) لان هذا دين فى حق المستحق بالنظر الى اقرار المالك وصية فى حق التنفيذ من الثلث فاذا اقر كل فريق بشئ ظهر ان فى التركة دينا شايعا فى النصيبين فيؤمر اصحاب الوصايا والورثة ببيانه فاذا بينوا شيئا (فيؤخذ اصحاب الوصايا بثلث ما اقروا به) وما بقى من الثلث لهم (ويؤخذ الورثة بثلثى ما اقروا به) تنفيذا لاقرار كل فريق فى قدر حقه (ويحلف كل من اصحاب الوصايا والورثة (على العلم بدعوى) المقرله (الزيادة على ما اقروا) ومعنى قوله على العلم اى على عدم العلم بما ادعاه المقرله من الزيادة على اقرارهم وانما كان تحليفا لانه تحليف على فعل الغير قال الزيلعى هذا مشكل من حيث ان الورثة كانوا يصدقونه الى الثلث ولا يلزمهم ان يصدقوه فى اكثر من الثلث وهنا لزمهم ان يصدقوه فى اكثر من الثلث لان اصحاب الوصايا اخذوا الثلث على تقدير ان تكون الوصايا تستغرق الثلث كله ولم يبق فى ايديهم من الثلث شئ فوجب ان لا يلزمهم تصديقه انتهى (وان اوصى بعين لوارثه ولاجنبى فللاجنبى نصفها) اى نصف العين (ولا شئ للوارث) لانه اوصى بما يملك وبما لا يملك فصح فيما يملك وبطل فى الآخر بخلاف ما لو اوصى لحى وميت حيث يكون الكل للحى لان الميت ليس باهل للوصية فلا يصلح مزاحما والوارث من اهله ولهذا تصح باجازة الورثة فافترقا (وان اوصى لكل واحد من ثلاثة اشخاص بثوب وهى) اى الثياب المدلول عليها بثوب لكل واحد (متفاوتة) جيد ووسط وردى (فضاع ثوب) من هذه الثياب (ولم يدر ايها) اى ايّ اثياب (هو) اى الضايع (و) الحال ان الورثة (تقول لكل) من الثلاثة (هلك حقك بطلت الوصية) لان المستحق مجهول وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل غرض الموصى فتبطل الوصية وكذا تبطل الوصية اذا قال الوارث لكل واحد منهم هلك حق احدكم ولا ادرى من هو فلا ادفع الى كل منكم شيئا كذا فى التبيين (فان سلموا) اى الورثة (ما بقى) من الثياب (فلذى الجيد ثلثا جيدهما ولذى الردى ثلثا رديهما ولذى الوسط ثلث كل منهما) اى من الجيد والردى وانما تعين حق صاحب الجيد فى الجيد لانه لا حق له فى الردى بيقين ويحتمل ان يكون حقه فى الجيد بان كان هو الجيد الاصلى ويحتمل ان يكون حقه فى الضايع بان كان هو الاجود فكان تنفيذ وصيته فى محل يحتمل ان يكون حقه اولى وانما تعين حق صاحب الردى لانه لا حق له فى الجيد بيقين ويحتمل ان يكون حقه فى الردى

بان كان هذا الردى الاصلى ويحتمل انيكون حقه فى الضايع بان كان هو الاردأ فكان تنفيذ وصيته فى محل يحتمل انيكون حقه اولى وانما تعين حق الآخر فى ثلث كل واحد من الثوبين لانه لما اخذ صاحب الجيد ثلثى الجيد وصاحب الردى ثلثى الردى ولم يبق الا ثلث كل واحد منهما فقد تعين حقه فى ذلك ضرورة ولانه يحتمل انيكون حقه فى الجيد بان كان الضايع اجود فيكون هذا وسطا ويحتمل انيكون فى الردى بان كان الضايع اردى فيكون هذا وسطا فكان هذا تنفيذ وصيته فى محل يحتمل انيكون حقه كذا فى الهداية (وان اوصى ببيت معين من دار مشتركة) يعنى اذا كانت دار بين رجلين اوصى احدهما ببيت بعينه من تلك الدار لرجل آخر ثم مات الموصى (قسمت) الدار (فان خرج) ذلك (البيت فى نصيب الموصى فهو) اى البيت (للموصى له) عند الشيخين (وعند محمد له) اى للموصى له (نصفه) اى نصف البيت (والا) اى وان لم يخرج البيت فى نصيب الموصى (فله) اى للموصى له (قدر ذرعه) اى ذرع البيت عند الشيخين (وعند محمد له قدر نصف ذرعه) لانه اوصى بملكه وملك غيره لكون الدار مشتركة فتنفذ وصيته فى ملكه ويتوقف الباقى على اجازة صاحبه فان ملكه لاتنفذ الوصية السابقة كما اذا اوصى بملك الغير ثم اشتراه فاذا اقتسموها ووقع البيت فى نصيب الموصى تنفذ الوصية فى عين الموصى به وهو نصف البيت وان وقع فى نصيب صاحبه كان له مثل نصف البيت لانه يجب تنفيذها فى البدل عند تعذر تنفيذها فى عين الموصى به ولهما انه اوصى بما يستقر ملكه فيه بالتسمية لان الظاهر انه يقصد الايصاء بملك منتفع به من كل وجه على الكمال وذلك يكون بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه فى جميع البيت اذا وقع فى نصيبه فتنفذ الوصية جميعه ومعنى المبادلة فى القسمة تابع والمقصود تكميل المنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه ولاتبطل الوصية اذا وقع البيت كله فى نصيب شريكه ولو كانت مبادلة لبطلت (والاقرار كالوصية) يعنى اذا اقر ببيت معين من دار مشتركة كان مثل الوصية به حتى يؤمر بتسليمه كله ان وقع البيت فى نصيب المقر عندهما وان وقع فى نصيب غيره يؤمر بتسليم قدر ذرعه وعند محمد يؤمر بتسليم نصفه ان وقع فى نصيب المقر وقدر نصف ذرعه ان وقع فى نصيب الغير (وقيل لاخلاف فيه) اى فى الاقرار (لمحمد) بل هو موفق للشيخين (وهو) اى عدم الخلاف بين محمد والشيخين هو (المختار) والفرق لمحمد على هذه الرواية ان الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من اقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم الى المقر له والوصية بملك الغير لاتصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لاتنفذ فيه الوصية (وان اوصى بالف عين من مال غيره

فلم يهما) اى لرب الالف (الاجازة بعد موت الموصى له والمنع) بعد الاجازة لانه تبرع بمال الغير فيتوقف على اجازة صاحبه فاذا اجاز كان منه ابتداء تبرع فله ان يمتنع من التسليم كسائر التبرعات (بخلاف الورثة لو اجازوا مازاد على الثلث) فانه ليس لهم ان يمتنعوا من التسليم بعدها لان الوصية في نفسها صحيحة لمصادفتها ملكه وانما امتنعت لحق الورثة فاذا اجازوه سقط حقهم فتنفذ من جهة الموصى (وان اقر احد الابنين بعد القسمة بوصية ابيه بالثلث لمعين) اى المقر (دفع ثلث نصيبه) استحسانا وقال زفر يعطيه نصف ما في يده قياسا لان اقراره بالثلث تضمن اقراره بمساواته اياه والتسوية في اعطاء النصف ليبقى له النصف فصار كما اذا اقر احدهما باخ ثالث لهما وجه الاستحسان انه اقر له بثلث شايع في كل التركة فكان مقرا له بثلث كل جزء من التركة فيلزمه ثلث ذلك ولا يلزمه اكثر من ذلك ولانه لو اخذ نصف ما في يده لزاد حقه على الثلث لانه ربما يقر الابن الآخر به ايضا فيأخذ نصف ما في يده فيصير نصف التركة وهذا بخلاف ما لو اقر احدهما بدين لغيره فانه يعطيه كل ما في يده اذا كان الدين مستغرقا لما في يده لان الدين مقدم على الميراث فقد اقر ان رب الدين احق منه بما في يده واما الموصى له فهو شريك الوارث فصار مقرا بانه شريكه وشريك اخيه في الثلث فلم يسلم له شيء الا ان يسلم للوارث مثليه وفي العمادية ادعى رجل دينا على ميت فاقر احد ابنيه قال الفقيه ابو الليث الاختيار عندي ان يؤخذ منه ما يخصه من الدين وهو قول الشعبي والبصري وابن ابي ليلى وسفيان الثوري وغيرهم ممن تابعهم وهذا القول ابعد من الضرر وقال بعض المشايخ يؤخذ من حصة المقر جميع الدين وبه يفتى اليوم لكن قال مشايخنا هنا زيادة شيء لا يشترط في الكتب وهو ان يقضي القاضي عليه باقراره اذ بمجرد اقراره لا يحل الدين في نصيبه بل يحل بقضاء القاضي عليه ونظير تلك المسئلة ذكرت في الزيادات وهي ان احد الورثة اذا اقر بالدين ثم شهد هو ورجل ان الدين كان على الميت فانها تقبل وتسمع شهادة المقر فلو كان الدين يحل في نصيبه بمجرد اقراره لزم ان لا تقبل شهادته لما فيه من المغرم قال صاحب الزيادات وينبغي ان تحفظ هذه الزيادة فان فيها فائدة عظيمة انتهى (وان اوصى بامة فولدت بعد موته) اى الموصى (فهما) اى الامة وولدها (موصى له ان خرجا من الثلث) لان الام دخلت في الوصية اصالة والولد تبعا حين كان متصلا بالام فاذا ولدت ولدا قبل القسمة والتركة قبل القسمة مبقاة على حكم ملك الميت قبلها حتى تقضي ديونه وتنفذ منها وصاياه دخل الولد في الوصية فيكونان للموصى له (والا) اى وان لم يخرجا من الثلث (اخذ

للموصى له الثلث منهما) اي من الام (ثم) اخذ (منه) اى من الولد فيأخذ الموصى له ما يخص الثلث من الام اولا فان فضل شئ يأخذه من الولد عند الامام (وعندهما يأخذ منهما) اى من الام والولد (على السواء) لان الولد دخل فى الوصية تبعا حال اتصاله بها فلا يخرج عن الوصية بالانفصال فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم فى الاخذ من الام وله ان الام اصل والولد تبع والتبع لا يزاحم الاصل ولا يجوز نقص الاصل بالتبع وفى جعل الولد شريكا معها نقص الوصية بالام فلا يجوز بخلاف البيع والعتق لان تنفيذ البيع والعتق فى الولد لا ينقص شيئا فى الاصل بل يبقى تاما صحيحا الا انه يحط بعض الثمن عن الاصل ضرورة اذا اتصل به القبض ودلك جائز لا بأس به لان الثمن تبع حتى لا يشترط وجوده عند البيع مقابلته بالولد وينعقد البيع بدون ذكره وان كان فاسدا هذا اذا ولدت قبل القسمة وقبل قبول الموصى له فان ولدت بعد القبول وبعد القسمة فهو للموصى له لان التركة بالقسمة خرجت عن حكم ملك الميت فحدثت الزيادة على خالص ملك الموصى له وان ولدت بعد القبول قبل القسمة ذكر القدورى انه لا يصير موصى به ولا يعتبر خروجه من الثلث وكان للموصى له من جميع المال كما لو ولدت بعد القسمة ومشايخنا قالوا يصير موصى به حتى يعتبر خروجه من الثلث كما لو ولدت قبل القبول وان ولدت قبل موت الموصى لم تدخل تحت الوصية وبقى على حكم الميت لانه لم يدخل تحت الوصية قصدا والكسب كالولد فى جميع ما ذكرنا كذا فى الكافى

﴿ باب العتق فى المرض ﴾

الاعتاق فى المرض من انواع الوصية لكن لما كان له احكام مفروضة افرده ببيان على حدة واخره عن صريح الوصية لانه الاصل (العبرة لحال التصرف فى التصرف المنجز) وهو الذى اوجب حكمه فى الحال كانت حر وهبتك (فان كان) التصرف المنجز (فى الصحة فمن كل المال وان) كان (فى مرض الموت فمن ثلثه) اى ثلث المال والمراد بالتصرف الذى هو انشاء ويكون فيه معنى التبرع حتى ان الاقرار بالدين فى المرض ينفذ من كل المال والنكاح فى المرض يكون المهر فيه من كل المال (و) التصرف (المضاف الى الموت) وهو ما اوجب حكمه بعد موته كانت حر بعد موتى اوهذا لزيد بعد موتى (يعتبر من الثلث وان) كان هذا التصرف (فى الصحة) فالمعتبر ليس حالة العقد بل حالة الموت (ومرض صح) صفته (منه) اى من المرض (كالصحة) فقوله مرض مبتدأ خبره قوله كالصحة وانما كالصحة لان حق الغرماء والورثة لا يتعلق بماله الا فى مرض موته وبالبرء منه تبين انه ليس بمرض موت فلا يكون لاحد حق فى ماله فله التصرف فيه

كما شاء (فالتحرير فى مرض الموت والمحاباة) وهى ان يبيع عبدا قيمته مائتان بمائة مثلا (والكفالة والهبة وصية) اى كالوصية ووجه الشبه قوله (فى اعتباره من الثلث) اى حكم هذه التصرفات كحكم الوصية حتى تعتبر من الثلث ومزاحمة اصحاب الوصايا فى الضرب لانها وصية حقيقة لان الوصية ايجاب بعد الموت وهذه التصرفات منجزة فى الحال (فان اعتق وحابى وضاق الثلث عنهما) اى عن العتق والمحاباة (فالمحاباة اولى) اى تقدم على العتق هذا (ان قدمت) المحاباة على العتق (وهما) اى العتق والمحاباة (سواء ان اخرت) المحاباة بان اعتق عبدا قيمته مائة ثم باع عبدا قيمته مائتان بمائة ولامال له سواهما يقسم الثلث وهو المائة بينهما نصفين فيعتق نصف العبد ويسعى فى نصف قيمته وصاحب المحاباة يأخذ العبد الآخر بمائة وخمسين وهذا عند الامام وقال هما سواء فى المسئلتين له ان المحاباة اقوى لانه فى ضمن عقد المعاوضة لكن ان وجد العتق اولا وهو لا يحتمل الرفع تزاحم المحاباة وهما يقولان ان العتق اقوى لانه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها الفسخ ولا اعتبار للتقدم فى الذكر لانه لا يوجب التقديم فى الثبوت الا اذا اتحد المستحق واستوت الحقوق (وان اعتق بين محاباتين) بان حابى ثم اعتق ثم حابى قسم الثلث (فنصف الثلث (للاولى) اى للمحاباة الاولى (ونصف) الثلث (بين العتق و المحاباة (الاخيرة) لان العتق مقدم على الاخيرة فيستويان وفى الهداية اذا حابى ثم اعتق ثم حابى ثم اعتق قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينهما وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان قال فى العناية فيه بحث وهو ان المحاباة الاولى مساوية للمحاباة الثانية و المحاباة الثانية مساوية للعتق المقدم عليها فالمحاباة الاولى مساوية للعتق المتأخر عنها وهو يناقض الدليل المذكور من جانب الامام والجواب ان شرط الانتاج ان تلزم النتيجة القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك كما عرف فى موضعه انتهى لكن يرد عليه ان المساوى للمساوى للشئ مساو لذلك الشئ فيعود المحذور اللهم الا ان يقال ان مساواة المحاباة الاولى للثانية من جهة ومساواة الثانية للعتق المقدم من جهة اخرى وحيث انفكت الجهة اندفع المحذور وان حابى بين عتقين بان اعتق ثم حابى ثم اعتق فنصف الثلث للمحاباة ونصف الثلث للعتقين بان يقسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثانى هذا عند الامام وعندهما العتق اولى فى الجميع لانه لا يلحقه الفسخ بوجه من الوجوه بخلاف المحاباة فانه يلحقها الفسخ (وان اوصى بان يعتق عنه) بهذه المائة عبد (فهلك منها درهم بطلت الوصية) عند الامام (وعندهما يعتق)

عتقه عبد (بما بقي) لانه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما امكن قياسا على الوصية بالحج ولو كان مكان العتق حج حج بما بقي اجماعا وله ان وصيته بالعتق لعبد يشترى بمائة من ماله وتنفيذها فيمن يشترى باقل منه تنفيذ في غير الموصى له وذلك لايجوز بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة هي حق الله تعالى والمستحق لم يتبدل فصار كما اذا اوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع اليه الباقي قال الزيلعي قيل هذه المسئلة مبنية على اصل آخر مختلف فيه وهو ان العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة فيه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعنده حق العبد حتى لاتقبل الشهادة فيه من غير دعوى فاختلف المستحق وهذا البناء صحيح لان الاصل ثابت معروف ولا سبيل الى انكاره (وتبطل) الوصية (بعتق عبده لو جنى بعد موت سيده فدفع بها) اى بالجناية لان حق ولى الجناية مقدم على حق الموصى فكذا على حق الموصى له وهو العبد نفسه لانه يتلقى الملك من جهة الموصى وملك الموصى باق الى ان يدفع و بالدفع يزول ملكه فاذا خرج عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصى او وارثه بعد موته بالدين (وان فدى) اى العبد بان اعطى الورثة الفداء لولى الجناية بمقابلة العبد (فلا) تبطل الوصية لانهم كانوا متبرعين بالفداء وانما جازت الوصية لان العبد برئ عن الجناية فصار كأنه لم يجن (ولو اوصى لزيد بثلث ماله وترك عبدا فادعى زيد عتقه في صحته) اى صحة الموصى (و) ادعى (الوارث عتقه في المرض فالقول للوارث) مع اليمين وصورة المسئلة اذا اوصى بثلث ماله لزيد وله عبد فقال الموصى له والوارث ان الموصى اعتق هذا العبد لكن قال الموصى له اعتقه في الصحة لئلا تكون وصية تنفذ من الثلث وقال الوارث اعتقه في المرض لتكون وصية فالقول قول الوارث مع يمينه (ولاشئ لزيد الا ان يفضل الثلث عن قيمته) اى العبد (او يبرهن) زيد على دعواه وهو عتقه في الصحة فينفذ من جميع المال والوارث ينكر استحقاقه ثلث ماله غير العبد فلا يثبت الاستحقاق لزيد بلا برهان فان لم يبرهن حلف الوارث انه لم يعلم ان مورثه اعتقه في الصحة وانما كان القول للوارث لان العتق من الحوادث فيحكم بحدوثه من اقرب الاوقات للتيقن بها واقرب الاوقات هنا وقت المرض وكان الظاهر شاهدا للوارث فكان القول قوله مع اليمين الا ان يفضل من الثلث شئ على قيمة العبد لانه لامزاحم له او تقوم البينة ان العتق في الصحة اذ الثابت بالبينة بمنزلة الثابت بالمعاينة نعم البينة انما تقبل من خصم والعتق حق العبد عنده ولكنه اى الموصى له بالثلث خصم في اقامتها لاثبات حقه (ولو ادعى رجل على الميت دينا و) ادعى (العبد اعتاقه في صحته وصدقهما الوارث سعى العبد في قيمته وتدفع

الى الفريم) عند الامام (وعند هما لايسعى) لهما ان الدين والعتق فى الصحة ظهرامعا لتصديق الوارث فى كلام واحد فكانهما وقعامعاو العتق فى الصحة لايوجب السعاية وله ان الاقرار بالدين اقوى لانه فى المرض يعتبر من كل المال والاقرار بالعتق يعتبر من الثلث فيجب ان يبطل العتق لكنه لايحتمل البطلان فيبطل معنى بايجاب السعاية عليه ولان اسناد العتق الى الصحة انما يصح اذالم يوجد شغل الدين وقد وجد الدين هامنع الاسنادفوجب رده بالدين ورده بالسعاية وعلى هذا الخلاف اذامات الرجل وترك ابا والف درهم فقال رجل لى على الميت الف درهم دين وقال رجل هذا الالف الذى تركه ابوك كان وديعة لى عند ابيك وقال الابن صدقتما فعنده الالف بينهما نصفان لانه لم تظهر الوديعة الاوالدين ظاهر معها فيتحا صان كما اذااقر بالوديعة ثم بالدين وقالا الوديعة احق لانها ثبتت فى عين الالف والدين يثبت فى الذمة اولاثم ينتقل الى العين فكانت اسبق وصاحبها احق كما لوكان المورث حيا وقال صدقتما وذكر فى الهداية فعنده الوديعة اقوى وعندهما سواء والاصح ماذكرنا اولا وبه يطق شروح الجامع الصغيروشروح المنظومة كذافى الكافى (وان اجتمعت وصايا وضاق الثلث عنها قدمت الفرائض) كالحج والزكوة والكفارات (وان اخرها) اى الموصى الفرائض (فى الذكر) لان الفرض اهم من النفل (فان تساوت الوصايا فى الفرضية اوغيرها) بان كان جميعها نفلا (قدم ماقدمه الموصى) لان الظاهر من حال الموصى ان يبدأ بما هو الاهم عنده والثابت بالظاهر كالثابت بالنص (وقيل) ان تساوت فى الفرضية (تقدم الزكوة على الحج) وهو ماذكره الطحاوى (وقيل بالعكس) قال فى الكافى واختلف الروايات عن ابى يوسف فى الحج والزكوة وقال فى احدى الروايتين يبدأ بالحج وان اخره لان الحج يتأدى بالبدن والمال والزكوة بالمال فحسب فكان الحج اقوى فيبدأ به وروى عنه انه تقدم عليه الزكوة بكل حال لان حق الفقير ثابت والحج محض حقا لله تعالى وكانت الزكوة اقوى (و يقدم الحج والزكوة على الكفارات فى القتل والظهار واليمين) لرجحانهما عليها فقد جاء فيهما الوعيد مالم يأت فى كفارة قال الله تعالى ومن كفر فان الله غنى عن العالمين وقال الله تعالى والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها فى سبيل الله فبشرهم بعذاب اليم وغير ذلك من الاحاديث الواردة فيهما (و) تقدم (الكفارات على صدقة الفطر) لورود القرآن بوجوبها بخلاف صدقة الفطر (و) تقدم (صدقة الفطر على الاضحية) للاتفاق فى وجوبها وللاختلاف فى وجوب التضحية وماهو متفق على وجوبه اولى

بالتقديم وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على بعض كالنذر يقدم على الاضحية لان النذر ثابت بالكتاب دونها (وان اوصى بحجة الاسلام احجوا) اى الورثة (عنه) اى عن الموصى (رجلا من بلده) الذى يحج ذلك الرجل عنه حال كونه (راكبا) لان الواجب عليه ان يحج من بلده فيجب الاحجاج عنه كما وجب لان الوصية لاداء ماهو الواجب عليه وانما شرط ان يكون راكبا لانه لايلزمه ان يحج ماشيا فوجب الاحجاج عنه على الوجه الذى لزمه (ان وفت النفقة) للاحجاج من بلده راكبا (والا) اى وان لم تف النفقة (فمن حيث تفى) النفقة وفى القياس لا يحج عنه لانه اوصى بالحج بصفة وقد عدمت وجه الاستحسان انا نعلم ان غرضه تنفيذ الوصية فتنفذ ما امكن

(وان خرج حاجا فمات فى الطريق واوصى ان يحج عنه حج عنه من بلده) عند الامام وزفر لان عمله قد انقطع بموته لقوله عليه السلام اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث والخروج الى الحج ليس من الثلاثة فظهر بموته ان سفره كان سفر الموت لاسفر الحج وكان فى هذا المعنى كخروجه للتجارة اذا مات يحج عنه من بلده فكذا هنا (وعندهما من حيث مات استحسانا) لان السفر بنية الحج وقع قربة وقد وقع اجره على الله لقوله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله ورسوله ثم يدركه الموت فقد وقع اجره على الله ولم ينقطع بموته فيكتب له حج مبرور فيبتدأ من ذلك المكان كأنه من اهل ذلك المكان بخلاف ما اذا خرج بنية التجارة لانه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده (وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره فى الطريق) فيحج عنه ثانيا من وطنه عند الامام وعندهما من حيث مات

﴿ باب الوصية للاقارب وغيرهم ﴾

انما اخر هذا الباب عما تقدمه لان المذكور فى هذا الباب احكام الوصية لقوم مخصوصين والمذكور فيما تقدم احكامها على العموم والخصوص ابدا تابع للعموم (جار الانسان ملاصقه) قدم الوصية للجار على الوصية للاقارب تبعا لما فى الهداية وكان حق الكلام ان يقدم الوصية للاقارب على الوصية للجار نظرا الى ترجمة الباب واجاب عنه فى العناية بان الواو لاتدل على الترتيب وان التقديم فى الذكر اهتماما بامر الجار ثم ان حمل الجار على الملاصق هو مذهب الامام وهو القياس وقد حمل عليه قوله عليه الصلوة والسلام الجار احق بصقبه ومعنى الحديث ان الجار احق بالشفعة اذا كان ملاصقا (وعندهما) جار الانسان (من يسكن محلته ويجمعهم مسجدها) اى مسجد المحلة لان الكل يسمى جيرانا

عرفا قال عليه الصلاة والسلام لاصلاة لجار المسجد الا فى المسجد وفسر بكل من سمع النداء ولان الحق البرو برلجار الابخص بالملاصق بل بالمقابل مقصود كبرالملاصق غير انه لابد من نوع اختلاط فاذاجمعهم مسجد واحد فقد وجد الاختلاط واذا اختلفا فى المسجد زال الاختلاط وقال الشافعى الجوار الى اربعين دارا قلنا هذا الخبر ضعيف فقد طعنوا فى رواته (ويستوى فيه) اى لفظ الجار (الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمى) والصغير والكبير كذلك وانما دخل المذكورون فى لفظ الجار لصدقه عليهم لغة وشرعا ويدخل فيه العبد الساكن عنده لان مطلق هذا الاسم يتناوله ولايدخل عندهما لان الوصية له وصية لمولاه وهو ليس بجار بخلاف المكاتب فانه لا يملك مافى يد العبد الا بتمليكه الا يرى انه يجوزله اخذ الزكاة وان كان مولاه غنيا بخلاف القن والمدبر وام الولد والارملة تدخل لان سكناها مضافة اليها ولا تدخل التى لها بعل لان سكناها غير مضافة اليها وانما هى تبع فلم تكن جارا مطلقا (وصهره من هوذورحم محرم من امرأته) لانه عليه الصلوة والسلام لماتزوج صفية اعتق كل من ملك من ذى رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهار النبى عليه السلام وهذا التفسير اختيار محمد وابى عبيد رحمهما الله تعالى وفى الصحاح الاصهار اهل بيت المرأة ولم يقيده بالمحرم وفى الكافى وانما يدخل فى الوصية من كان صهر الموصى يوم موته بان كانت المرأة منكوحة له عندالموت اومعتدة عنه بطلاق رجعى لان المعتبر حالة الموت حتى لومات الموصى والمرأة فى نكاحه وعدته من طلاق رجعى فالصهر يستحق الوصية لان الطلاق الرجعى لايقطع النكاح وان كانت فى عدة من طلاق باين اوثلاث لايستحقها لان انقطاع النكاح يوجب انقطاع الصهرية انتهى (وختنه من هوزوج ذات رحم محرم منه) كازواج البنات والاخوات والعمات والخالات لان الكل يسمى ختنا وكذا كل ذى رحم محرم من ازواجهن عند محمد لانهم يسمون اختانا وقيل هذا فى عرفهم واما فى عرفنا فلا يتناول الازواج المحارم (ويستوى فى ذلك) اى فى الصهر والختن (الحر والعبد والاقرب والابعد) لان اللفظ يتناولهم جميعا (واقاربه اواقرباؤه وذوو قرابته وارحامه وذوو ارحامه وانسابه الاقرب فالاقرب من كل ذى رحم محرم منه) يعنى اذا اوصى الى اقاربه اواقربائه وذوى قرابته اوارحامه او ذوى ارحامه او انسابه تكون الوصية للاقرب فالاقرب من كل ذوى رحم محرم منه (ولايدخل فيه) اى فى كل واحد من هذه الالفاظ (الوالدان والولد) ولاالوارث ويكون للاثنين فصاعدا هذا عند الامام ويستوى فيه الصغير والكبير والحر والعبد والذكر والانثى والمسلم والكافر (وفى الجد روايتان)

وكذا فى ولد الولد وفى ظاهر الرواية عن الامام انهم يدخلون وفى رواية عن الشيخين انهم لايدخلون (وان لم يكن له ذورحم محرم منه بطلت) الوصية عند الامام لانه تبين ان الوصية منه لمعدوم فكانت باطلة (وتكون) اى الوصية (للاثنين فصاعدا) لانها اخت الميراث والجمع فى المواريث اثنان فصاعدا فكذا الوصية (وعندهما) يدخل فى الوصية (من ينسب اليه) اى الى الموصى من قبل الاب اوالام (الى اقصى اب له فى الاسلام بان اسلم اوادرك الاسلام وان لم يسلم) قيل يشترط اسلام الاب الاقصى وقيل لا يشترط ولكن يشرط ادراكه للاسلام حتى لواوصى علوى لذوى قرابته فمن شرط الاسلام يصرف الوصية الى اولاد على رضى الله عنه لا الى اولاد ابى طالب ومن لم يشترط يصرفها الى اولاد ابى طالب فيدخل فيها اولاد عقيل وجعفر ولا يدخل اولاد عبدالمطلب بالاجماع لانه لم يدرك الاسلام (فمن له عمان وخالان الوصية لعميه) يعنى اذا اوصى الى اقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه عند الامام رحمه الله تعالى لانه يعتبر الاقرب فالاقرب كما فى الارث (وعندهما لكل على السواء) فتقسم بينهم اربا عا لان اسم القريب يتناولهم ولا يعتبر ان الاقرب (ومن له عم وخالان نصف الوصية لعمه ونصفها بين خاليه) لانه لابد من اعتبار معنى الجمع واقله فى الوصية والارث اثنان ويكون لواحد النصف وبقى النصف الآخر ولا مستحق له اقرب من الخالين فكان لهما (وان كان له عم واحد فقط فنصفها) اى الوصية (له) اى للعم لانه لا بد من اعتبار الجمع فيه ويرد النصف الآخر من الثلث الى الورثة لعدم من يستحقه لان المعتبر جمع وادناه اثنان فى الوصية فلهذا يعطى له النصف والنصف الآخر للورثة (وان كان له عم وعمة وخال وخالة فالوصية للعم والعمة على السواء) لاستواء قرابتهما وقرابة العمومة اقوى من قرابة الخؤولة والعمة وان لم تكن وارثة فهى مستحقة للوصية كما لوكان القريب رقيقا اوكافرا (وعندهما الوصية لكل على السوية فى جميع ذلك) لما عرف من مذهبهما انهما لا يشترطان الاقرب فالاقرب كما اشترطه الامام (واهل الرجل زوجته) عند الامام يعنى اذا اوصى لاهل رجل فهى لزوجته (وعندهما) اهل الرجل (من يعولهم وتضمهم نفقته) يعنى عندهما اهل الرجل من كانوا فى عياله وتلزمه نفقتهم اعتبارا للعرف المؤيد بالنص وهوقوله تعالى وأتونى باهلكم اجمعين وقال تعالى فنجيناه واهله الا امرأته والمراد من كان فى عياله وللامام قوله تعالى وسار باهله اى زوجته بنت شعيب عليه السلام ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا اى تزوج والمطلق ينصرف الى الحقيقة المستعملة كما فى الهداية (وآله اهل بيته) يعنى اذا اوصى لآل فلان فهى لاهل بيته فيدخل فيه كل من

ينسب اليه من آبائه الى اقصى اب له في الاسلام ولايدخل فيه اولاد البنات ولا اولاد الاخوات ولا احد من قرابة امه لانهم لاينسبون اليه وانما ينسبون الى آبائهم (وابوه وجده من اهل بيته) لان الاب والجد يعد ان من اهل البيت (واهل نسبه من ينسب اليه من جهة الاب) لان النسب انما يكون من جهة الآباء (وجنسه اهل بيت ابيه) دون امه لان الانسان يتجنس بابيه فصار كآله بخلاف قرابته حيث يدخل فيه من كان من جهة الام ايضا لان الكل يسمون قرابة (والوصية) مبتدأ (لبني فلان وهو اب صلب) جملة وهو اب صلب حال من المضاف اليه (للذكور خاصة) خبره فلايدخل فيه الاناث لان حقيقة هذا اللفظ انما هو للذكور وهذا رواية عن الامام (وعندهما وهو رواية) اخرى (عن الامام يدخل فيه الاناث ايضا) اى كالذكور ودخول الاناث في بني فلان اما تغليب او مجاز بارادة الفروع (و) الوصية (لورثة فلان للذكر مثل حظ الانثيين) لان الاسم مشتق من الوراثة فاذا بان قصده التفصيل وهي في اولاد المورث للذكر مثل حظ الانثيين فكانت الوصية كالميراث من حيث ان التنصيص على الاسم المشتق يدل على ان الحكم يترتب على مأخذ الاشتقاق (ولو) اوصى (لولد فلان للذكر والانثى على السواء) لان الولد يتعلم بالكل (ولايدخل اولاد الابن عند وجود اولاد الصلب) لان الولد حقيقة يتناول ولد الصلب وتدخل فيه الاناث حتى اذا كان له بنات صلبية و بنو ابن فالوصية للبنات عملا بالحقيقة ما امكن العمل بها (و يدخلون) اى اولاد الابن (عند عدمهم) اى اولاد الصلب لانه لما تعذر العمل بالحقيقة صير الى المجاز بخلاف المسئلة الاولى (دون اولاد البنت) وانما لايدخلون مطلقا لان اولاد البنات انما ينسبون الى ابيهم كما قال الشاعر * بنونا بنو ابنائنا و بناتنا * بنوهن ابناء الرجال الاباعد (وان اوصى لبني فلان وهو) اى فلان (ابو قبيلة) كبني تميم مثلا (لايحصون) كثرة (فهي) اى الوصية (باطلة) لانه لايمكن تصحيحه في حق الكل لعدم احصائهم فتبطل الوصية لتعذر الصرف (وان) اوصى (لايتامهم او عميانهم اوزمنائهم او اراملهم فالغني والفقير منهم والذكر والانثى ان كانوا) اى الموصى لهم (يحصون) لان الوصية تمليك وامكن تحقيق معنى التمليك في حقهم ثم قيل حد الاحصاء عند ابي يوسف ان لايحتاج من يعدهم الى حساب ولا كتاب فان احتيج الى ذلك فهم لايحصون وهذا ايسر وقال بعضهم هو مفوض الى رأى القاضي كذا في شرح الهداية (وللفقراء منهم خاصة ان كانوا لايحصون) لان المق من الوصية القربة وهذه الاسامي اعني الايتام ومابعده تشعر بتحقق الحاجة فتحمل على الفقراء (و) ان اوصى

(لمواليه فهو) اى الوصية (لمن اعتقهم فى الصحة او المرض ولاولادهم) اى اولاد معتقين من الرجال والنساء واعتاقه قبل الوصية و بعدها سواء ولا يدخل فيه مدبرون وامهات الاولاد وعن ابى يوسف انهم يدخلون لان سبب الاستحقاق لازم فى حقهم بحيث يلحقه الفسخ فنسبوا الى الولاء كالمعتقين ولا يدخل فيه مولى الموالاة لان ولاء العتاقة بالعتق وولاء الموالاة بالعقد فهما معنيان متغايران فلا ينتظمهما لفظ واحد بخلاف اولاد المعتقين لانهم ينسبون الى المعتق بواسطة آبائهم بولاء واحد (ولا) يدخل فيها (موالى الموالى الا عند عدمهم) اى الموالى لانهم ليسوا موالى الموصى حقيقة فهم بمنزلة ولد الولد مع ولد الصلب فلا يتناولهم الاسم الا عند عدم المولى حقيقة كما مر فى ولد الولد مع وجود الولد او عدمه (وتبطل) الوصية (ان كان له) اى الموصى (معتقون) بكسر التاء (ومعتقون) بفتح التاء يعنى اذا اوصى لمواليه وله موال اعتقهم وموال اعتقوهم فالوصية باطلة لان اللفظ مشترك ولا عموم له ولا قرينة تدل على احدهما ولا فرق فى ذلك عند عامة اصحابنا بين النفى والاثبات واختار شمس الائمة وصاحب الهداية انه يعم اذا وقع فى حيز النفى كما لو حلف لا يكلم موالى فلان حيث يتناول الجميع والجواب عنه على قول عامة الاصحاب كما فى العناية ان ترك الكلام مع الموالى مطلقا ليس لوقوعه فى النفى بل لان الحلف على اليمين بعضه لهم وهو غير مختلف وقد قرره فى التقرير بما لا مزيد عليه فان قيل سلمنا ان لفظ الموالى مشترك وحكمه التوقف فيصح حكما متاملا فيه فما بال بطلانه فيما اذا مات الموصى قبل البيان والتوقف فى مثله لا يفيد قيل الترجيح من جهة اخرى ممكن وهى ان شكر المنعم واجب فتصرف الى الموالى الذين اعتقوهم واما فضل الانعام فى حق الذين اعتقهم هو مندوب اليه والصرف الى الواجب اولى من الصرف الى المندوب كما هو المروى عن ابى يوسف بهذا المعنى قلنا اجيب انها معاوضة بجهة اخرى وهى جريان العرف بالوصية للفقراء والغالب فى المعتقين بفتح التاء ان يكونوا فقراء وفى المعتقين بكسرها الغالب ان يكونوا اغنياء والمعروف عرفا كالمشروط شرعا كما هو المروى عن ابى يوسف بهذا المعنى (واقل الجمع اثنان فى الوصايا كالمواريث) لما بينا ان الوصايا اخت المواريث وقد ورد النص فى القرآن باطلاق الجمع على الاثنين فى المواريث فقلنا فى الوصايا ان اقل الجمع فيها اثنان ايضا حملا على ماورد به النص فى المواريث

باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة

لما فرغ من ذكر احكام الوصايا المتعلقة بالاعيان شرع فى بيان الوصايا المتعلقة

بالمنافع واخر هذا الباب من جهة ان المنافع بعد وجود الاعيان ليوافق الوضع الطبع (تصح الوصية بخدمة عبده وسكنى داره و بغلتهما) اى العبد والدار (مدة معينة) كسنة اوسنتين مثلا (وابدا) لان المنفعة تحتمل التمليك ببدل وغير بدل فى حال الحيوة فتحتمل التمليك بعد الممات كالاعيان دفعا للحاجة وهذا لان الموصى يبقى العين على ملكه حتى يجعله مشغولا بتصرفه موقوفا على حاجته وانما تحدث المنفعة على ملكه كما يستوفى الموقوف عليه المنفعة على حكم ملك الوقف ويجوز موقتا ومؤبدا كالعارية وهذا بخلاف الميراث فالارث لايجرى فى الخدمة بدون الرقبة لان الوراثة خلافة وتفسيرها ان يقوم الوارث مقام المورث فيما كان ملكا للمورث وهذا انما يتصور فيما يبقى وقتين والمنفعة لاتبقى وقتين فاما الوصية فايجاب ملك بالعقد كالاجارة والاعارة وكذا الوصية بغلة العبد والدار لانها بدل المنفعة فاخذت حكمها (فان خرج ذلك) المذكور من رقبة العبد والدار (من الثلث سلم الى الموصى له) بخدمته وسكناه فيها لان حق الموصى له فى الثلث لايزاحمه الورثة (والا) اى وان لم تخرج من الثلث (قسمت الدار) عينها اثلاثا (وتهايئا فى العبد يومين لهم و يوما له) لان حق الموصى له فى الثلث وحقهم فى الثلثين كما فى الوصية بالعين ولا يمكن قسمة العبد اجزاء لانه مما لايحتمل القسمة فصرنا الى المهايأة هذا اذا كانت الوصية غير موقتة وان كانت موقتة بوقت كالسنة مثلا فان كانت السنة غير معينة يخدم الورثة يومين والموصى له يوما الى ان يمضى ثلاث سنين فاذا مضت سلم الى الورثة لان الموصى له استوفى حقه وان كانت معينة فان مضت السنة قبل موت الموصى بطلت الوصية وان مات قبل مضيها يخدم الموصى له يوما والورثة يومين الى ان تمضى تلك السنة فاذا مضت سلم الى الورثة وكذا الحكم لومات الموصى بعد مضى بعضها بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا كانت لاتخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار اثلاثا للانتفاع بها لامكان قسمة عين الدار اجزاء وهو اعدل للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفى المهايأة تقديم احدهما زمانا ولو اقتسموا الدار مهايأة من حيث الزمان يجوز ايضا لان الحق لهم الا ان الاولى اولى لكونه اعدل (فاذا مات الموصى له ردت) اى الوصية من العبد او الدار الى ورثة المولى لانه اوجب الحق للموصى له ليستوفى المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى وارث الموصى له لاستحقها ابتداء من ملك الموصى بغير رضاه وذلك غير جائز (وان مات الموصى له فى حيوة الموصى بطلت) الوصية لانها تمليك مضاف الى مابعد الموت وملك الموصى ثابت فى الحال فلا يتصور تمليك الموصى له بعد موته (ومن اوصى له بغلة الدار او العبد لايجوز له السكنى

والاستخدام في الاصح) لانه اوصى له بالغلة وهي الدراهم اوالدنانير وهذا استيفاء المنفعة نفسها ولاشك انهما متغايران و يتفاوتان في حق الورثة فانه لوظهر دين يمكنهم اداؤه من الغلة باستردادها منه بعد استغلالها بخلاف ما اذا استوفى المنافع نفسها وقوله في الاصح احتراز عما قال بعضهم بجوازله السكنى والاستخدام لان المقصود هو المنفعة وهي حاصلة بهذين الطريقين (ولا يجوز لمن اوصى له بالخدمة) في العبد والسكنى في الدار (ان يوجر) العبد والدار وقال الشافعي له ذلك لان تمليك المنفعة بعقد مضاف الى مابعد الموت كتمليك المنفعة في حال الحيوة ولو تملك المنفعة بالاستيجار في حال الحيوة تملك الاجارة وكذا اذا تملك المنفعة بالوصية بعد الموت وهذا لان المنافع كالاعيان عنده لما مر بخلاف المستعير فانه لايملك المنفعة لانها اباحة الانتفاع عنده ولهذا لايتعلق بالاعارة اللزوم والوصية بالمنفعة يتعلق بها اللزوم ولنا ان الموصى له ملك المنفعة بغير عوض فلا يملك تمليكها من غيره بعوض كالمستعير فانه لايملك الاجرة ودلت لان المستعير مالك للمنفعة اذ التمليك في حال الحيوة اقرب الى الجواز بعد الممات واذا احتملت المنفعة التمليك بعد الموت بغير عوض فلان تحتمل ذلك في حال الحيوة اولى (وان اوصى له بثمرة بستانه فمات) الموصى (وفيه) اى في البستان (ثمرة فله) اي للموصى له (هذه) اي ثمرة الموجودة (فقط) لاما يحدث بعدها (وان زاد ابدا) اي زاد في حالة الوصية بقيد (ابدا) اى للموصى له (هي) اي الثمرة الموجودة (وما يستقبل) عطف على الضمير اعني قوله هي اي يستحق الثمرة الموجودة ومايحدث من الثمرة في المستقبل عملا بالتأبيد في لفظ الموصى (وان اوصى له بغلة بستانه فله الموجود والمستقبل) وحاصله انه اذا اوصى له بالغلة استحقها دائما و بالثمرة لايستحق الا الموجودة الا اذا زاد لفظ ابدا فيصير كالغلة فيستحقها دائما والفرق بينهما ان الثمرة اسم للموجود عرفا فلا تناول مايحدث بعد الا بلفظ يدل على ذلك كابدا ونحوه واما الغلة فتنتظم الموجود ومايكون بعرض ان يوجد مرة بعد اخرى كما يقال في العرف فلان يأكل من غلة بستانه اوارضه اوداره فيصدق على ماينتفع به في الحال اوفي الاستقبال (وان اوصى بصوف غنمه اولبنها) اى الغنم (او اولادها فله مايوجد من ذلك عند موته فقط) سواء (قال ابدا اولم يقل) اي للموصى له مايوجد من ذلك الموصى به مافي بطونها من الاولاد ومافي ضروعها من الالبان وماعلى ظهورها من الصوف يوم مات الموصى سواء قال ابدا اولم يقل لانها ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ والفرق بينهما و بين ماتقدم ان الصوف والولد واللبن الموجودات يصح استحقاقها بالعقود فانها تملك

تبعا بكل عقد فكذا بالوصية فاما المعدوم منها فلم يشرع استحقاقها بشئ من العقود فلم يصح استحقاقها بعقد الوصية فاما الثمرة او الغلة المعدومة فيصح استحقاقها بعقد المزارعة و المعاملة فلان يستحق بالوصية اولى

﴿ باب وصية الذمى ﴾

اعلم ذكر وصية الذمى عقيب وصية المسلم لما ان اهل الذمة ملحقون بالمسلمين فى المعاملات (ولو جعل ذمى داره بيعة او كنيسة فى صحته ثم مات فهى ميراث) اما عند الامام فلانها بمنزلة الوقف ووقف المسلم يورث عنه فهذا اولى و انما قلنا يورث عنه لانه غير لازم عنده واما عندهما فالوصية باطلة لان هذا معصية حقيقة وان كان فى معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لان فى تنفيذها تقرير المعصية (ولو اوصى به) اى بجعل داره بيعة او كنيسة (لقوم مسمين جاز) اى الايصاء (من الثلث) اتفاقا لان فى الوصية معنى التمليك ومعنى الاستخلاف وللموصى ولاية كليهما (وكذا) يجوز (فى غير المسمين) بان اوصى لقوم غير مخصوصين هذا عند الامام (خلافا لهما) فانهما قالا انها باطلة الا ان يوصى لقوم باعيانهم والحاصل ان وصايا الذمى على اربعة اوجه احدها ان يوصى بما هو معصية عندنا وعندهم كالوصية للمغنيات والنائحات فهذ لا يصح اجماعا الا ان يكون لقوم باعيانهم فتصح تمليكا من الثلث فان كانوا لا يحصون لا يصح تمليكا لان التمليك من المجهول لا يصح ولا يمكن تصحيحها قربة لانها معصية عند الكل وثانيها ان يوصى بما هو معصية عندهم قربة عندنا كما لو اوصى ان يجعل داره مسجدا او يسرج فى المساجد او اوصى بالحج فهى باطلة بالاجماع اعتبارا لاعتقادهم لانا نعاملهم بدياناتهم وثالثها ان يوصى بما هو قربة عندنا وعندهم كما لو اوصى بثلث ماله للفقراء والمساكين او لعتق الرقاب او يسرج فى بيت المقدس وهى صحيحة اجماعا لاتفاق الكل على كون ذلك قربة ورابعها ان يوصى بما هو قربة عندهم معصية عندنا كما لو اوصى ان يجعل داره بيعة او كنيسة او بيت نار يسرج فيه او تذبح الخنازير و يطعم المشركون فهى صحيحة ايضا عند الامام سمى قوما اولم يسم وقالا هى باطلة الا ان يسمى قوما باعيانهم لهما ان هذه وصية بمعصية و فى تنفيذها تقرير المعصية والسبيل فى المعاصى ردها لا قبولها فوجب القول بالبطلان وله ان المعتبر دياناتهم فى حقهم لانا امرنا ان نتركهم وما يدينون وهى قربة عندهم فتصح الا يرى انه لو اوصى بما هو قربة حقيقة عندنا معصية عندهم لا تجوز الوصية اعتبارا لدياناتهم فكذا عكسه

(وتصح وصية مستأمن لا وارث له فى دارنا بكل ماله لمسلم او ذمى) لان القصر على الثلث شرعا لحق الورثة حتى تنفذ باجازتهم وليس لورثته حق لكونهم

لاهله في دار الحرب وهم اموات والجر بناء على حق معصوم لا يصلح دليلا على الجر لحق غير معصوم اذ حقوق اهل الحرب غير معصومة حتى لو كانت ورثته في دار الاسلام بامان او ذمة يتقدر بقدر الثلث لحرمتهم (وان اوصى) اى المستأمن (ببعضه) اى ببعض ماله ثم مات (رد الباقي) من ماله (الى ورثته) الذين في دار الحرب لان الرد الى ورثته من حق المستأمن ايضا لا رعاية لحق الورثة حتى يرد ان يقال كيف يرد الباقي الى ورثته الذين في دار الحرب وقد قلتم بانهم ليس لورثته حق مرعى (وتصح الوصية له) اى للمستأمن (مادام في دارنا) سواء كانت الوصية (من مسلم او ذمى) لانه مادام في دارنا فله حكم اهل الذمة في المعاملات حتى يصح منه عقود التمليكات في حال حيوته ويصح تبرعه في حيوته فكذا بعد مماته وعن الشيخين انه لا يجوز لانه من اهل الحرب لانه يقصد الرجوع و يمكن منه بخلاف الذمى (وصاحب الهوى) وهو الذى يتبع هوى نفسه ميلا للبدعة (ان لم يكفر بهواه) اى لم يحكم بكفره بما ارتكبه من الهوى (فهو كالمسلم في الوصية) لانا امرنا ببناء الاحكام على ظاهر الاسلام (والا) اى وان لم يكن كذلك بل حكم بكفره بما ارتكبه من الهوى (فكالمرتد) فيكون على خلاف المعروف بين الامام وصاحبيه في تصرفاته قال في الكافي ووصايا المرتدة نافذة بالاجماع كالذمية لانها تبقى على الردة ولا تقتل عنده انتهى وفي المنح والمرتدة في الوصية كذمية فتصح وصاياها قال في الهداية وهو الاصح لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل او يسلم قال في النهاية وذكر صاحب الكتاب في الزيادات على خلاف هذا وقال بعضهم لا تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح فلا تصح منها وصية قلت والظاهر انه لا منافاة بين كلاميه لانه قال هناك وهو الصحيح وقال هنا الاصح وهما يصدقان كذا في العناية والفرق بينها و بين الذمية ان الذمية تقر على اعتقادها واما المرتدة فلا تقر على اعتقادها والا شبه ان تكون كالذمية فتجوز وصيتها لانها لا تقتل ولهذا يجوز جميع تصرفاتها فكذا الوصية وذكر العتابي في الزيادات ان من ارتد عن الاسلام الى النصرانية او اليهودية او المجوسية فحكم وصاياه حكم من انتقل اليهم فما صح منهم صح منه وهذا عندهما واما عند الامام فوصيته موقوفة ووصايا المرتدة نافذة بالاجماع لانها لا تقتل عندنا انتهى فظهر بما ذكرناه عن المنح ان دعوى الاجماع على كون وصيتها نافذة محل نظر فليتأمل (ووصية الذمى تعتبر من الثلث ولا تصح لوارثه) لالتزام اهل الذمة احكام المسلمين فيما يرجع الى المعاملات فيجرى عليهم احكامنا كما في وصية المسلم (وتجوز) وصيته (لذمى

من غير ملته) كوصية نصرانى ليهودى وبالعكس لان الكفرملة واحدة (لا) تجوز وصيته (لحربى فى دار الحرب) لان اختلاف الدارين يمنع الارث فكذا الوصية لانها اخت الميراث كما تقدم

باب الوصى

لما فرغ من بيان الموصى له شرع فى بيان احكام الموصى اليه وهو الوصى لان كتاب الوصايا ينتظمه ايضا وانما قدم احكام الموصى له لكثرتها وكون الحاجة الى معرفتها امس (ومن اوصى الى رجل فقبل فى وجهه ورد) الوصية (فى غيبته لا يرتد) لان الموصى مات معتمدا عليه فلو صح رده فى غير وجهه سواء كان فى حيوته او بعد مماته صار مغرورا من جهته فلا اعتبار لرده فى غيبته ويبقى وصيا كما كان فان قيل ما الفرق بين الموصى له والموصى اليه فى ان رد الموصى له بعد قبوله وبعد موت الموصى يعتبر دون رد الموصى اليه قلنا ان نفع الوصية للموصى له نفسه بخلاف الموصى اليه فان نفع الوصية راجع الى الموصى فكان فى رده بغيره اضرار عليه وهو لا يجوز فلهذا قلنا لا يعتبر رده دفعا للضرر عن الموصى (وان رد فى وجهه) اى وجه الموصى (يرتد) لانه ليس للموصى ولاية الزامه التصرف ولا غرور فيه فتوقف على قبوله (فان لم يقبل) الموصى اليه (ولم يرد) بل سكت (حتى مات الموصى فهو) اى الموصى اليه (مخير بين القبول وعدمه) لانه ليس للموصى ولاية الالزام فبقى مخيرا (وان باع) الموصى اليه (شيئا من التركة لم يبق له ردوان) كان (غير عالم بالا يصاء) فصار بيعه التركة كقبول الوصية وينفذ بيعه وان لم يكن عالما بالايصاء بخلاف الوكيل اذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ ولا يكون البيع من غير علم قبولا (فان رد الوصى) الوصاية (بعد موته) اى موت الموصى (ثم قبل صح ما لم ينفذ قاض رده) ولم يخرجه من الوصاية لما قال لا اقبل لان مجرد قوله لا اقبل لا يبطل الايصاء لان فيه ضررا بالميت وضرر الوصى فى الابقاء مجبور بالثواب الا ان القاضى اذا اخرجه عن الوصاية يصح لانه مجتهد فيه فكان له اخراجه بعد قوله لا اقبل كما ان له اخراجه بعد قبوله حتى اذا رأى غيره اصلح كان له عزله ونصب غيره وربما يعجز هو عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصية فيدفع القاضى الضرر عنه وينصب حافظا لمال الميت يتصرف فيه فيندفع الضرر من الجانبين ولو قال اقبل بعد ما اخرجه القاضى لا يلتفت اليه لانه قبل بعد ما بطلت الوصية باخراج القاضى اياه (وان اوصى الى عبد او كافر او فاسق اخرجه القاضى ونصب غيره) اى اذا اوصى الى هؤلاء المذكورين اخرجهم القاضى عن الوصاية

واستبدل

واستبدل غيرهم مكانهم وذكر القدوري ان القاضي يخرجهم عن الوصية وهذا يدل على ان الوصية كانت لهم صحيحة لان الاخراج يكون بعد الدخول ويدل عليه ما في السراجية من قوله اذا اوصى الى عبد اوذمي اوفاسق اخرجهم القاضي عن الوصاية ولو تصرفوا قبل الاخراج جاز انتهى وذكر محمد في الاصل ان الوصية باطلة لعدم الولاية لهم ووجه الصحة ثم الاخراج كما ذكره الزيلعي ان اصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية الفاسق على نفسه وعلى غيره على ماعرف من اصلنا وولاية الكافر في الجملة الا انه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على اجازة المولى وعكسه بعدها والمعاداة الدينية الباعثة على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالجناية فيخرجهم القاضي عن الوصية ويقيم غيرهم مقامهم اتماما للنظر وشرط في الاصل ان يكون الفاسق مخوفا منه على المال لانه يعذر بذلك في اخراجه وتبديله بغيره بخلاف مااذا اوصى الى مكاتبه اومكاتب غيره حيث يجوز لان المكاتب في منافعه كالحر وان عجز بعد ذلك فالجواب فيه كالجواب في القن (وان) اوصى (الى عبده فان كان كل الورثة صغارا صح) الايصاء عند الامام لانه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون اهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا ملاكا ليس لهم ولاية النظر فلا منافاة (خلافا لهما) وهو القياس وقيل قول محمد مضطرب يروى مرة مع الامام ومرة مع ابي يوسف ووجه القياس ان الولاية متقدمة لما ان الرق ينافيها ولان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا قلب المشروع ووجه ماذكره الامام مر بيانه (وان كان فيهم) اي في الورثة (كبير بطل) الايصاء الى عبد نفسه (اجماعا) لان للكبير ان يمنع العبد من التصرف اويبيع نصيبه فيمنعه المشتري عن التصرف فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية (ولو كان الوصي عاجزا عن القيام بالوصية) اي امورها (ضم) القاضي (اليه) اي الى العاجز (غيره) لان في الضم رعاية الحقين حق الموصي وحق الورثة لان تكميل النظر يحصل به لان النظر يتم باعانة غيره ولو شكى الوصي الى القاضي ذلك فلا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه (وان كان) الوصي (قادرا) على القيام بامور الوصاية (امينا لا يخرج) على صيغة المجهول وفاعله المنوب عنه هو القاضي (وان شكى اليه الورثة) كلهم (او بعضهم منه) اي من الوصي (مالم تظهر منه خيانة) قال الزيلعي لو كان قادرا على التصرف وهو امين فيه ليس للقاضي ان يخرجه لانه مختار الميت ولو اختار غيره كان دونه فكان ابقاؤه اولى الا يرى ان الوصي يقدم على اب الميت مع وفور شفقته فاولى ان يقدم على غيره وكذا اذا شكت

الورثة او بعضهم اليه لاينبغي ان يعزله حتى تبدو له منه خيانة لانه استفاد الولاية من الميت غير انه اذا ظهرت منه الخيانة فاتت الامانة والميت انما اختاره لاجلها وليس من النظر ابقاؤه بعد فواتها وهو لو كان حيا لاخرجه منها فينوب القاضي منابه عند عجزه ويقيم غيره مقامه كانه مات ولا وصي له ولم يذكر ما اذا فعل القاضي ما ليس له وعزل الوصي العدل المختار هل ينعزل ام لا وذكر ذلك قاضيخان في فتاواه حيث قال وصي الميت اذا كان عدلا كافيا فلا ينبغي للقاضي ان يعزله واذا لم يكن عدلا يعزله وينصب وصيا آخر ولو كان عدلا غير كاف لايعزله ولكن يضم اليه كافيا ولو عزله ينعزل وكذا لو عزل القاضي العدل الكافي ينعزل كما ذكره الشيخ الامام المعروف بخواهرزاده وقال ابن الشحنة في شرح الوهبانية قلت وفي وسيط المحيط ان القاضي يصير جائرا آثما قال وعند بعض المشايخ لاينعزل العدل الكافي بعزل القاضي لانه مختار الميت فيكون مقدما على القاضي وعزى في القنية انعزال العدل الكافي لخواهر زاده وان ظهير الدين المرغيناني استبعده لانه مقدم على القاضي لانه مختار الميت وان استاذه البديع قال اذا كان هذا في وصي الميت فكيف وصي القاضي ونحوه في المبسوط والهداية انتهى وفي جامع الفصولين الوصي من الميت لو عدلا كافيا لا ينبغي للقاضي ان يعزله فلو عزله قيل ينعزل اقول الصحيح عندي انه لاينعزل لانه كالموصى وهو اشفق بنفسه من القاضي فكيف يعزله وينبغي ان يفتى به لفساد قضاة الزمان كما في المنح فلذا افاد ترجيح عدم صحة العزل للوصي (وان اوصى الى اثنين لاينفرد احدهما) بالتصرف في مال الميت وان تصرف فيه فهو باطل وهذا عند الطرفين وقال ابو يوسف ينفرد كل واحد منهما بالتصرف ولو اوصى الى رجلين ثم ان احدهما تصرف في المال غير الاشياء المعدودة ثم اجاز صاحبه فانه يجوز ولا يحتاج الى تجديد العقد كذا في الجوهرة ثم ان ما ذكره في الجوهرة من الاشياء المعدودة التي يجوز لاحد الوصيين الانفراد بالتصرف فيها ما استثناه بقوله (الا بشراء كفن وتجهيز) فانه لا ينبني على الولاية وربما يكون احدهما غائبا ففي اشتراط اجتماعهما فساد الميت الا يرى انه لو فعله عند الضرورة جيرانه جاز (وخصومة) في حقوقه لانهما لا يجتمعان عليها عادة ولو اجتمعا لا يتكلم الا احدهما غالبا على انهما لو تكلما حال الخصومة معا ربما لم يفهم القاضي دعويهما لاختلاط كلام احدهما بالآخر ولهذا ينفرد بهما احد الوكيلين ايضا (وقضاء دين) كان على الميت (وطلبه) اي الدين الذي له على الغير (وشراء حاجة للطفل) لان في تأخيره خوف لحوق الضرر به كخوف الهلاك من الجوع والعري (وقبول الهبة له) اي للطفل فانه ليس من باب الولاية ولهذا تملكه الام وكل من هو في يده (ورد

وديعة معينة وتنفيذ وصية معينة واعتاق عبد معين)لعدم الاحتياج الى الرأى فى ذلك كله بخلاف ماإذالم تكن المذكورات معينة فربما احتيج فيها الى الرأى فلا ينفرد احدهما بذلك دون الآخر (ورد مغصوب) فيجوز لاحد الوصيين الانفراد برده دون الآخر ولم يقيدوا المغصوب بكونه معينا ولم يبينوا السرفى اطلاقه عن التقييد ووجهه غير ظاهر فتأمل (اومشترى شراء فاسدا) فلكل واحد منهما ان ينفرد برده لما تقدم من عدم الاحتياج الى الرأى (وجمع اموال ضايعة وحفظ المال) لان فى التأخير الى اجتماعهما خوف الفوات (وبيع مايخاف تلفه) اذ يسرع الفساد اليه ففى التأخير الى الاجتماع ضرر بين هذا عند الطرفين (وعند ابى يوسف يجوز الانفراد) لكل واحد منهما (مطلقا) ولا يختص الانفراد بالاشياء المعدودة لان الايصاء من باب الولاية والولاية اذا ثبتت لاثنين شرعا ثبتت لكل واحد كاملا على الانفراد كالاخوين فى ولاية الانكاح فكذا اذا ثبتت شرطا وهذا لان الولاية لا تحتمل التجزى لانها عبارة عن القدرة الشرعية والقدرة لا تتجزى ولهما ان سبب هذه الولاية التفويض فلابد من مراعاة صفة التفويض والموصى انما فوض الولاية اليهما معا وهذا الشرط مقيد فلم يثبت بدون ذلك الشرط فارضى الا برأى الاثنين ورأى الواحد لا يكون اليهما بخلاف الاخوين فى النكاح لان السبب ثمه الاخوة وهى قائمة بكل واحد منهما على الكمال والسبب هنا الايصاء وهو اليهما لا الى كل واحد منهما ولان الانكاح حق مستحق لها على الولى حتى لو طالبته بانكاحها من كفؤ خاطب يجب عليه وهنا حق التصرف للوصى ولهذا بقى مخيرا فى التصرف بخلاف الاشياء المعدودة لانها من باب الضرورة ومواضع الضرورة مستثناة عن قواعد الشرع فلهذا قال بجواز الانفراد فى الاشياء المعدودة دون غيرها ثم قيل الخلاف فيما اذا اوصى الى كل واحد منهما بعقد على حدة واما اذا اوصى اليهما بعقد واحد فلا ينفرد احدهما بالاجماع ذكره الحلوانى قال ابو الليث وهو الاصح وبه نأخذ وقيل الخلاف فى الفصلين جميعا ذكره الاسكاف وقال فى المبسوط هو الاصح كما فى التبيين (فان مات احد الوصيين اقام القاضى غيره مقامه ان لم يوص الى احد) اما عندهما فلان الباقى عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضى اليه وصيا آخر نظرا للميت والورثة وعند ابى يوسف الحى منهما وان كان يقدر على التصرف لكن الموصى قصد ان يخلفه متصرفان فى حقوقه وذلك ممكن التحقق بنصب وصى آخر مكان الوصى الميت (وان اوصى) الوصى الذى مات (الى الحى جاز) الايصاء (ويتصرف) الحى (وحده) فى ظاهر الرواية كما اذا اوصى الى شخص آخر ولا يحتاج القاضى الى نصب وصى

آخر لان رأى الميت يكون باقيا حكمـا برأى من يخلفه وروى الحسن عن الامام ان الحى لاينفرد بالتصرف لان الموصى لم يرض بتصرفه وحده فلا يكون الوصى ان يرضى بما يعلم ان الموصى لم يرضه بخلاف ما اذا اوصى الى غيره لان المتوفى رضى برأى الاثنين وقد وجد (ووصى الوصى وصى فى التركتين) اى اذا مات الوصى فاوصى الى غيره فهو وصى فى تركته وتركة الميت الاول وقال الشافعى لايكون وصيا فى تركة الميت الاول لان الميت فوض اليه التصرف ولم يفوض له الايصاء الى غيره فلا يملكه ولانه رضى برأيه ولم يرض برأى غيره ولنا ان الوصى يتصرف بولاية منتقلة اليـه فيملك الايصـاء الى غيره كالجـد الايرى ان الولاية التى كانت ثابتة للموصى تنتقل الى الوصى ولهذا يقدم على الجد ولو لم تنتقل اليه لما تقدم عليه فاذا انتقلت اليه الولاية ملك الايصاء (وكذا ان اوصى) الوصى الميت (اليه) اى الى آخر (فى احديهمـا) اى فى احدى التركتـين يعنى اذا اوصى الى اخر فى تركته يكون وصيا فيهمـا عند الامام لان تركة موصيه تركته لان له ولاية التصرف فيهمـا (خلافا لهما) فانهما قالا يقتصر عـلى تركتـه لانه نص عليها ثم ان قول المص فى احديهمـا يفيد عموم الوصية لتركتـه او تركة موصيه لكن المذكور فى عامة الكتب انه اذا اوصى فى تركته فقط يكون وصيا فيهما ولم يذكروا ما اذا اوصى فى تركة موصيه لكن قال المولى المعروف باخى قول المص او مال موصيـه يشعر بعدم كونه وصيا فيهما على تقدير ذكر مال الموصى وحده بدون ذكر ماله ولم نجد فيه رواية فى المعتبرات بل الموجود فيها انه اذا جعله وصيا فى مال نفسه فقط او مع مال موصيه او قال جعلته وصيا بغير قيد ففى جميع ذلك يصـير وصيا فى المالين وما يشعره فى المتن ليس واحـدا منها انتهى (وتصح قسمة الوصى) نيابة (عن الورثة مع الموصى له) سـواء كان الورثة غيبا او صغارا اى يجوز للموصى ان يقسم التركة بين الورثة الغيب او الصغار وبين الموصى له بان يأخذ حق الورثة ويسلم الباقى الى الموصى له (فلا يرجعون) اى الورثة (عـلى الموصى له لو هلك حظهم فى يد الوصى) لان الهلاك بعـد تمام القسمة يكون عـلى من وقع الهلاك فى نصيبه (لا) تصح (مقاسمته) اى الوصى (معهم) اى الورثة نيـابة (عن الموصى له) والفرق ان الوصى خليفـة الميت والوارث خليفة عن الميت ايضا حتى يرد بالعيب ويرد عليـه به فصلح الوصى خصمـا عن الوارث نيابة عنه لان من كان خليفة لاحد كان خليفة لمن قام مقامه فصـار تصرفه كتصرفه اذا كان غائبـا فصحت قسمته عليـه اما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لان للموصى له ملكا جديدا ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه فلم يصلح الوصى خصما عنه عند غيبته فلم يكن

بتصرفه كتصرفه اذا كان غائبا فلم تصح القسمة عليه (فيرجع) الموصى له (عليهم) اى على الورثة (بثلث ما بقى لو هلك حظه فى يد الوصى) لان القسمة حيث لم تصح لم تنفذ عليه غير ان الوصى لا يضمن لانه امين فيه وله ولاية الحفظ فى التركة فيكون له ثلث الباقى لان الموصى له شريك الوارث فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقى على الشركة (وصحت) القسمة (للقاضى لو قاسمهم) نيابة (عنه) اى الموصى له (واخذ قسطه) اى نصيب الموصى له الغائب لان للقاضى ولاية على الغائب فكانت قسمته كقسمة الغائب بنفسه واذا صحت القسمة من القاضى كان له ان يفرز نصيبه ويقبضه فان فعل ذلك وهلك المقبوض فى يده عن الغائب لم يكن للموصى له على الورثة سبيل ولا على القاضى (وفى الوصية بحج لو قاسم الوصى الورثة فضاع عنده) اى الوصى (يؤخذ للحج ثلث ما بقى) فى يد الوصى يعنى اذا اوصى الميت بحج فقاسم له الوصى مع الورثة واخذ المال الوصى به فضاع فى يده احج عن الميت بثلث ما بقى من التركة (وكذا لو دفعه) اى دفع الوصى المال الموصى به (لمن يحج فضاع فى يده) المدفوع اليه واللام فى لمن بمعنى الى يؤخذ للحج ثلث ما بقى من التركة لان القسمة لا تراد لذاتها بل لمقصودها وهو تأدية الحج فصار كما اذا هلك قبل القسمة فحج بثلث ما بقى وهذا عند الامام (وعند ابى يوسف ان بقى من الثلث شئ اخذ والا فلا) لان محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها ما بقى محلها واذا لم يبق بطلت لفوات محلها (وعند محمد لا يؤخذ شئ) لان القسمة حق الوصى الا يرى انه لو افرز الموصى نفسه مالا ليحج عنه به فهلك المال بطلت الوصية فكذا اذا افرزه الوصى الذى قام مقامه (ولو باع الوصى من التركة عبدا مع غيبة الغرماء جاز) لان الوصى قائم مقام الموصى ولو تولاه الموصى بنفسه حال حيوته جاز بيعه وان كان مريضا مرض الموت بغير محضر من الغرماء فكذا الوصى لانه قائم مقامه وذلك لان حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لفواتها الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المأذون له فى التجارة حيث لا يجوز للمولى بيعه لان للغرماء حق الاستسعاء بخلاف ما نحن فيه (وان اوصى ببيع شئ من تركته والتصدق به) على المساكين (فباعه وصيه وقبض ثمنه فضاع فى يده واستحق المبيع ضمنه) اى ضمن الوصى الثمن للمشترى لانه عاقد التزم للعهدة بالعقد على نفسه وهذه عهدة لان المشترى منه لم يرض بدفع الثمن ان يسلم له المبيع ولم يسلم فقد اخذ الوصى مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده (ورجع الوصى به) اى بما ضمن (فى التركة) اى تركة الميت لانه عامل للميت فى تنفيذ وصيته فيرجع عليه

كالوكيل وكان الامام يقول لايرجع لانه ضمن بفعله وهو القبض فلا يرجع على غيره ثم رجع الى ماذكرنا ويرجع في جميع التركة وعن محمد انه يرجع في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية لالتنفيذ ها فاخذ حكم الوصية ومحلها الثلث وجه الظاهر انه انما يرجع عليه لانه صار مغرورا من جهة الميت فكان الضمان دينا على الميت ومحل قضاء الدين كل التركة بخلاف القاضي او امينه اذا تولى البيع لانه لاعهدة وفي التزام العهدة على القاضي تعطيل القضاء لنفار الناس عن تقلد القضاء خوفا عن لزوم الضمان وفي تعطيله تعطيل مصالح الناس وامين القاضي سفير عنه كالرسول ولا كذلك الموصى لانه كالوكيل فان كانت التركة قد هلكت اولم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء لان البيع وقع للميت لاللورثة وصار كسائر الديون التي تكون على الاموات المفاليس (ولو قسم الوصي التركة فاصاب الوارث (الصغير شيء فقبضه) الوصي (وباعه وقبض ثمنه فضاع واستحق ذلك الشيء) الذي باعه الوصي (رجع) الوصي (في مال الصغير) لانه عامل له (و) رجع (الصغير على بقية الورثة بحصته) لبطلان القسمة باستحقاق ما اصابه (ولايصح بيع الوصي ولاشراؤه الابمايتغابن) على صيغة المجهول (فيه) نائب الفاعل ليتغابن ولايصح بمالايتغابن في مثله لان تصرفه مقيد بالنظر في حق الصغير قال الله تعالى ولاتقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن ولان النظر في الغبن الفاحش بخلاف الغبن اليسير لان في اعتباره تعطيل مصالحه لعدم امكان التحرز عنه والصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب يصح بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند الامام لان تصرفهم بحكم المالكية اذ الاذن فك الحجر اما الوصي فتصرفه بحكم النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر وعندهما لايجوز بالغبن الفاحش لان العقد الذي فيه غبن فاحش بمنزلة الهبة من وجه فلا يملكه من لايملك الهبة (ويصح) اى بيع الموصى وشراؤه (من نفسه ان كان فيه نفع) للصغير كما اذا باع الوصي متاعاله يساوى خمسة عشر بعشرة من الصغير اواشترى من متاع الصغير مايساوى عشرة بخمسة عشر لنفسه صح (خلافا لهما) قياسا على الوكيل وللامام ماتلونا من قوله تعالى ولاتقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن والتصرف المذكور داخل تحت الاستثناء قال الزيلعي اما اذا لم يكن فيه منفعة ظاهرة لليتيم فلايجوز على قول محمد واظهر الروايات عن ابي يوسف انه لايجوز على كل حال هذا في وصي الاب واما وصي القاضي فلايجوز بيعه من نفسه بكل حال لانه وكيله وللاب ان يشترى شيئا من مال الصغير لنفسه اذا لم يكن فيه ضرر على الصغير بان كان بمثل القيمة او بغبن يسير وقال المتأخرون من اصحابنا لايجوز للوصي بيع عقار

الصغير الا ان يكون على الميت دين او يرغب المشتري بضعف قيمته او يكون الصغير حاجة الى الثمن قال الصدر الشهيد وبه يفتى وزاد في الفوائد الزينية على مانقل عن الزيلعي ثلاث مسائل نقلا عن الظهيرية احداها اذا كان في التركة وصية مرسلة لايمكن تنفيذها الامنه وفيما اذا كانت غلاته لاتزيد على مؤنته وفيما اذا كان حانوتا اودارا يخشى عليه النقصان انتهى وزاد في الجناية اخرى وهي اذا كان العقار في يد متغلب وخاف الوصي عليه فله بيعه انتهى (وله) اي للوصي (دفع المال) اي مال الصغير (مضاربة وشركة وبضاعة) لانه قائم مقام الاب وللاب هذه التصرفات فكذا للوصي (وله قبول الحوالة على الاملأ) من الملاءة وهي القدرة على الاداء والمفضل عليه المحيل المديون (لاعلى الاعسر) من المحيل المديون لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه وهو ان يحكم بسقوطه حاكم يرى سقوط الدين اذامات الثاني مفلسا ولايرى الرجوع على الاول بخلاف مااذا كان المحتال عليه املأ واقدر على اداء الدين من المديون الاول فانه يجوز لكونه خيرا لليتيم وان لم يكن خيرا لليتيم بان كان الثاني افلس من الاول لايجوز بقي انه اذا كان الثاني مثل الاول يسارا واعسارا هل يجوز ام لااختلف فيه المشايخ قال بعضهم يجوز وقال بعضهم لايجوز (ولا يجوز له) اي للوصي (ولا للاب الاقراض) لانه ليس فيه منفعة دنيوية لليتيم ويحتمل التوى فكان الاحتياط في عدم الجواز (ويجوز للاب الاقتراض) اي اخذ القرض من مال الصغير (لا للوصي) والفارق بينهما ان للاب ان يأخذ من مال الصبي بقدر حاجته ولا كذلك للوصي (ولايتجر) الوصي (في ما الصغير) لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة (ويجوز بيعه) اي بيع الوصي (على الكبير الغائب) اذا كان المبيع (غير العقار) لان الاب يلي بيع ماسوى العقار ولا يليه فكذا وصيه لانه يقوم مقامه وكان القياس ان لايملك الوصي غير العقار ايضا ولا الاب كما لايملكه على الكبير الحاضر الا انه لما كان فيه حفظ ماله جاز استحسانا فيما يتسارع اليه الفساد لان حفظ ثمنه ايسر وهو يملك الحفظ فكذا وصيه واما العقار فمحفوظ بنفسه فلا حاجة فيه الى البيع ولو كان عليه دين باع العقار ثم ان كان الدين مستغرقا باع كله بالاجماع وان لم يكن مستغرقا باع بقدر الدين عندهما لعدم الحاجة الى اكثر من ذلك وعند الامام جازله بيعه كله لانه تعين حفظا كالمنقول والاصح انه لايملك لانه نادر كما في التبيين (ووصي الاب احق بمال الصغير من جده) لان بالايصاء تنتقل ولاية الاب اليه فكانت ولاية الاب قائمة معنى فتقدم على الجد كالاب نفسه وعند الشافعي الجد احق به حيث اقامه

الشرع مقام الأب عند عدمه (فان لم يوص الاب فالجد كالاب) اى ان لم يوص الاب الى احد فالجد احق لانه اشفق من الغير لقيامه مقام الاب فى الارث حتى يملك الانكاح دون الوصى اما وصى الاب فانه مقدم عليه كما سبق بيانه

(فصل)

وفى النهاية لما لم تكن الشهادة فى الوصية امرا مختصا بالوصية اخر ذكرها لعدم عراقتها فيه (شهد الوصيان ان الميت اوصى الى زيد معهما لا تقبل) شهادتهما لانهما يجران نفعا لانفسهما باثبات المعين لهما فبطلت للتهمة فاذا بطلت ضم القاضى اليهما ثالثا لان فى ضمن شهادتهما اقرارا منهما بان الموصى ضم اليهما ثالثا واقرارهما حجة عليهما فلا يتمكنان من التصرف بعد ذلك بدونه فصار فى حقهما بمنزلة مالو مات احد الاوصياء الثلاث فللقاضى ان يضم ثالثا فكذا هنا (الا ان يدعيه زيد) اى يدعى زيد انه وصى معهما فح تقبل شهادتهما وهذا استحسان والقياس ان لا تقبل كالاول وجه الاستحسان ان للقاضى ولاية نصب الوصى ابتداء فيما اذا مات ولم يترك وصيا وله ولاية ضم آخر اليهما فكان هذا مثله فى ضم مدعى الوصاية (وكذا) لا تقبل (لو شهد ابنا الميت) ان اباهما اوصى الى زيد وهو ينكر ذلك لجرهما بشهادتهما نفعا وهو ان يكون معينا لهما حافظا للتركة فكانا متهمين وشهادة المتهم غير مقبولة ولو ادعى المشهود له الوصاية تقبل استحسانا ووجهه ماذكر فى المسئلة الاولى (ولغت) اى بطلت (شهادة الوصيين بمال للصغير) يعنى لو شهد الوصيان لوارث صغير بمال له على آخر فلا تقبل شهادتهما سواء كان ذلك المال منتقلا اليه من الميت او من غيره للتهمة فى شهادتهما (وكذا) تلغو شهادتهما (للكبير فى مال انتقل اليه من الميت) للتهمة فى شهادتهما لانهما يثبتان لانفسهما ولاية الحفظ عند غيبة الكبير وبيع العقار فتبطل شهادتهما (وصحته) شهادتهما (له) اى للكبير وحده (فى غيره) اى فى غير مال انتقل اليه من الميت لانه لا ولاية لهما ح فى ذلك المال لان الميت انما اقامهما مقامه فى تركته لا فى غيرها هذا عند الامام (وعندهما تصح) شهادتهما (للكبير فى الوجهين) اى فى مال انتقل اليه سواء كان من الميت او غيره لانه لا تصرف لهما فى حضرت الكبير فعريت شهادتهما عن التهمة وللامام ما بيناه آنفا من التهمة عند غيبة الكبير فكفت هذه التهمة لرد شهادتهما (وشهادة الوصى على الميت جائزة) لانتفاء التهمة فى هذه الشهادة فيجوز عليه (لا له) اى للميت لما بينا من تحقق التهمة باثباته لنفسه التصرف (ولو) كانت تلك الشهادة (بعد العزل) من الوصاية

(وان لم يخاصم) اى وان لم يكن الوصى خصما فى هذه الصورة بان عزله القاضى ونصب غيره خصما فى هذه الدعوى لاحتمال التهمة بان يكون جر لنفسه مغنما زمان وصايته فيشهد خونا من زواله (ولو شهد رجلان لآخرين بدين الف) يجوز ان يكون الف مضافا اليه وان يكون بدلا من دين اذا قرئ منكرا وعلى وجه الاضافة فهى بيانية (على ميت و) شهد (الآخران لهما) اى للشاهدين لاولين (بمثله) اى بمثل ذلك الدين وهو الف (صحتا) اى الشهادتان من الطرفين عندهما (خلافا لابى يوسف) فانها لاتصح شهادة واحد منهما عنده للتهمة لكون الشهادة من كل منهما مثبتة حق الشركة فى ذلك المال الذى ابتناه على الميت ولهما ان الدين يجب فى الذمة وهى قابلة لحقوق شتى فلاشركة ولهذا لو تبرع اجنبي بقضاء دين احدهما لايشاركه الآخر وروى الحسن عن الامام انهم اذا جاؤا معا وشهدوا فالشهادة باطلة واما اذا شهد اثنان لاثنين فقبلت شهادتهما ثم بعد ذلك ادعى ذانك الشاهدان دينا آخر على الميت فشهد لهما الفريقان الاولان تقبل ووجه هذه الرواية انهما اذا جاؤا معا كان شهادة كل فريق معاوضة للفريق الآخر فتحققت التهمة بخلاف اما اذا كانت دعوى الفريق الآخر فى وقت آخر فانه حيث ثبت الحق للفريق الاول بلاتهمة والثانى لا يزاحمه فصار كالاول فى انتفاء التهمة (ولو شهد كل فريق للآخر بوصية الف لاتصح) الشهادة من كل منهما لما بينا من التهمة فى شهادة الالف الدين (ولو شهد احد الفريقين للآخر بوصية جارية والآخر له) اى لذلك الفريق (بوصية عبد صحت) شهادة كل من الفريقين بالاتفاق لانه لاشركة فلا تهمة كذا قالوا لكن احتمال المعاوضة فى الشهادة باق كما فى صورة الشهادة بالدين او الوصية بالالف تأمل (وان شهد) الفريق (الآخر له) اى للفريق الاول (بوصية ثلث لاتصح) يعنى اذا شهد الفريق الاول بوصية عبد للفريق الآخر وشهد الفريق الاخر بوصية ثلث لاتصح شهادة كل واحد من الفريقين لما ان الشهادة فى الصورة الاخرى ايضا تثبت المشاركة بين الفريقين بخلاف وصية العبد والجارية والله اعلم

﴿ كتاب الخنثى ﴾

وهو على وزن فعلى بالضم اورده عقيب الوصايا لان المسائل المتعلقة بالوصية من احوال من هو ناقص القوة لاشرافه على الموت وهذه المسائل من احوال من هو ناقص الخلقة (هو) الخنثى من الخنث بالفتح والسكون وهو اللين والتكسر والفها للتأنيث ولذا لايلحقها الف ولانون وكان القياس ان يوصف بالمؤنث

ويؤنث الضمير الراجع كما هو المذكور فى كلام الفصحاء الا ان الفقهاء نظروا الى عدم تحقق التأنيث فى ذاته فلم يلحقوا علامة التأنيث فى وصفه وتذكيره تغليبا للذكورة وفى القهستانى وانما لم يؤنث لانه غير معلوم عندنا فذكر نظرا الى الاصل كالجزء والشكل (من له ذكر وفرج) اى ماله آلة الرجال وآلة النساء ويلحق به من عرى عن الآلتين جميعا وفى القهستانى خلافه لانه قال وفيما ذكره اشعار بان من لم يكن له شئ منهما وخرج بوله من سرته ليس بخنثى ولهذا قال الامام وابو يوسف انا لا ندرى اسمه وقال محمد انه فى حكم الانثى (فان بال من احدهما اعتبر به) اى ان بال من ذكره فذكر وان بال من فرجه فانثى لان النبى عليه السلام سئل عنه كيف يورث فقال من حيث يبول ولان التبول من اى عضو كان فهو دلالة على انه هو العضو الاصلى الصحيح والآخر بمنزلة العيب (وان بال منهما) اى من الذكر والفرج (اعتبر الاسبق) لانه يدل سبق خروجه على انه المقصود الاصلى (وان استويا) فى الخروج (فهو مشكل) اى غير محكوم عليه بكونه ذكرا او انثى عند الامام وقال لا علم لى به وهذا من جملة ما توقف فيه من كمال ورعه (والاعتبار بالكثرة) اى كثرة البول فى كونه ذكرا او انثى عنده (خلافا لهما) فانهما قالا ينسب الى اكثرهما لانه علامة قوة ذلك العضو ولكونه عضوا اصليا ولان للاكثر حكم الكل فى اصول الشرع فيترجح الفكثرة وبه قالت الائمة الثلاثة وله ان كثرة الخروج لا تدل على القوة لانه قد تكون لاتساع فى احدهما وضيق فى الآخر (فاذا بلغ) الخنثى بالسن (فان ظهر بعض علامات الرجال من نبات اللحية او قدرة على الجماع او احتلام) كالرجل او كان له ثدى مستو (فرجل) اى فحكمه حكم الرجال (فان ظهر بعض علامات النساء من حيض وحبل وانكسار ثدى ونزول لبن فيه وتمكين من الوطئ فامرأة) اى فحكمه حكم النساء (وان لم يظهر شئ) من علامات الذكورة ولا من علامات الانوثة (او تعارضت) هذه المعالم مثل ما اذا حاض وخرجت له لحية او يأتى ويؤتى (فشكل) اى فهو خنثى مشكل لعدم المرجح وعن الحسن يعد اضلاعه فان ضلع الرجل يزيد على ضلع المرأة بواحد (قال محمد الاشكال قبل البلوغ فاذا بلغ فلا اشكال) وفى المبسوط اذا بلغ صاحب الآلتين لا بد ان يزول الاشكال لانه اذا جامع بذكره او نبت له لحية او احتلم كاحتلام الرجال فهو رجل وان نبت له ثدى كثدى المرأة اورأى حيضا اوجومع كما يجامعن او ظهر به حبل او نزل فى ثديه لبن فهى امرأة كما مر فى المتن (واذا ثبت الاشكال اخذ فيه) اى فى الخنثى المشكل (بالاحوط فيصلى بقناع) لاحتمال كونه امرأة حتى لو صلى بغير قناع يستحب ان يعيدها اذا كان حرا وكذلك يستحب ان يجلس فى صلاته جلوس

المرأة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها لان الستر على النساء واجب ما امكن (ويقف بين صف الرجال والنساء فيقدم على النساء لاحتمال كونه رجلا فلو وقف في صفهم) اي في صف الرجال فصلوته تامة لكن (يعيد) صلاته (من لاصقه من جنبيه ومن بحذائه من خلفه) لاحتمال انه امرأة فتفسد صلاتهم وهذا اذا نوى الامام امامة النساء فان لم ينو الامام الامامة فلا حاجة الى ان يعيد هؤلاء صلاتهم بل يعيد هو احتياطا (وان وقف في صفهن) اي صف النساء (اعاد) صلوته (هو) اي الخنثى (فقط) لاحتمال انه رجل فتجب الاعادة احتياطا (ولا يلبس) الخنثى (حريرا ولا حليا) لاحتمال كونه ذكرا والترجيح للحظر فيما يتردد بينه وبين الاباحة (ويلبس المخيط في احرامه ولا يكشف نفسه عند رجل) لانه لو كان مراهقة لم ينظر الى ماسوى الوجه والكف منه ولو كان مراهقا لم ينظر الى ماتحت سرته الى ركبتيه (ولا عند امرأة لانها لا تنظر الى ماتحت سرة الى الركبة مراهقة كان او مراهقة) كما في القهستاني (ولا يخلو به) اي بالخنثى وما في حكمه (غير محرم من رجل او امرأة) تحرزا عن احتمال الحرام (ولا يسافر بلا محرم) من الرجال ولا مع امرأة من محارمه لاحتمال انه امرأة فيكون سفر امرأتين بلا محرم وهو غير جائز (ولا يختنه رجل ولا امرأة) تحرزا عن النظر الى الفرج لاحتمال انه رجل وامرأة ولكن قد تقدم انه يجوز للطبيب والجراح النظر الى موضع النظر للضرورة والظاهر ان النظر الى موضع الختان من هذا القبيل كما في البرجندي لكن النظر ليس بمحله لان الختان عندنا سنة تدبر وهذا اذا كان مراهقا والا فللرجل ان يختن (بل تبتاع له امة) عالمة بالختن (تختنه من ماله ان كان له) اي للخنثى مال لانه يجوز لمملوكه النظر اليه رجلا او امرأة في حال العذر (والا) اي وان لم يكن له مال (من بيت المال) يقترض ثمنها ويشتريها لانه اعد لنوائب المسلمين وهذا اذا كان ابوه معسرا والا فمن مال ابيه (ثم) اي بعد الختن (تباع) الامة وجوبا ويرد ثمنها الى بيت المال لوقوع الاستغناء عنها وفيه اشعار بانه لا يتزوج عالمة بختنه على ماقال شيخ الاسلام وذهب الحلواني الى انه يتزوجها لانه ان كان امرأة ينظر الجنس الجنس والنكاح لغو والا فكنظر المنكوحة الى الناكح (فان مات قبل ظهور حاله) من الذكورة والانوثة (لا يغسل) للاحتمالين (بل يتيمم) لانه لا يمس شئ فيه الا الوجه واليد بخلاف الغسل وفيه اشعار بان لا تشترى لاجل الغسل امة لانها اجنبية بعد الموت ولا حاجة الى خرقة على اليد عند التيمم لكن في القهستاني هذا اذا كان المتيمم محرما فقد يتيمم بالخرقة (ويكفن في خمسة اثواب) كما يكفن

المرأة فهو احب لاحتمال انه انثى (ولا يحضر بعدما راهق غسل رجل ولا امرأة) لاحتمال الحالين (وندب تسجية قبره) اى ستره بثوب عند الدفن لاحتمال انه انثى وستر قبرها واجب (و يوضع الرجل) اى جنازته لانه ذكر بيقين (مما يلى الامام ثم هو) اى الخنثى بقرب الرجل مما يلى القبلة (ثم) توضع (المرأة) بقرب الخنثى ليبعد عن النظر ان صلى عليهم جملة رعاية لحق الترتيب وفيه اشعار بان الافضل عند اجتماع الجنائز ان يصلى على كل منفردا لانه ابعد عن الخلاف (وله) اى للخنثى المشكل (اخس النصيبين من الميراث عند الامام) واصحابه وعليه الفتوى كما فى السراجية وفى الكفاية ان محمدا مع الامام وفى النظم ان ابا يوسف معهما فى ظاهر الاصول اى الاقل من نصيب الذكر ومن نصيب الانثى فانه ينظر نصيبه على انه ذكر وعلى انه انثى فيعطى الاقل منهما وان كان محروما على احد التقديرين فلا شئ له ثم فرعه وقال (فلومات ابوه عنه) اى الخنثى (وعن ابن فللابن سهمان وله سهم) عنده لان الاقل متيقن وفيما زاد عليه شك والمال لايجب بالشك ولوتركه و بنتا فالمال بينهما نصفان فرضا وردا وفى القهستانى وذا فى صورتين الاولى مايفرض فيه الخنثى انثى كما ذكره المصنف والثانية مايفرض فيه ذكرا وهذا مشتمل على صورتين احديهما مايكون فيه الخنثى محروما كما اذا تركت زوجا واختا لاب وام وخنثى لاب فانه ان كان اختا فله سهم هو السدس تكملة للثلثين ولكل من الزوج والاخت نصف فتعول المسئلة من ستة الى سبعة وان كان اخا فمحروم لانه عصبة لم يبق له شئ بعد فرضهما وهو النصفان ولا ريب انه اخس الحالين فيفرض كونه ذكرا والثانية مايكون غير محروم كما اذا تركت زوجا واما وخنثى لاب وام فانه ان كان الخنثى اختا لاب وام فله نصف كالزوج وللام ثلث فتعول المسئلة من ستة الى ثمانية وان كان اخا فله سهم وللزوج نصف وللام ثلث ولا يخفى انه اخس الحالين لان السهم الواحد من ستة اقل من ثلاثة اسهم من ثمانية فيفرض كونه ذكرا ايضا (و) فيما اذا ترك الخنثى (اباه وابنا عند الشعبى له نصف النصفين وهو ثلثة من سبعة عند ابى يوسف) تخريجا اومذهبا وذلك ان للابن عند الانفراد كل الميراث وللبنت نصفه فكان نصف الكل اثنين ونصف النصف واحد والمجموع ثلثة ارباع فان المخرج اربعة تعول الى سبعة فيجعل للخنثى ثلثة وللابن اربعة والمجموع يكون سبعة وخمسة من اثنى عشر عند محمد تخريجا وذلك ان كان ذكرا كان المال بينهما نصفين (وان كان انثى كان المال بينهما اثلاثا فيكون له نصف) اى الربع (ونصف الثلث) اى السدس والباقى للابن فيحتاج الى عدد له ربع وسدس واقل ذلك اثنى عشر وربعه ثلثة وسدسه اثنان والمجموع خمسة فهى للخنثى والباقى

اى سبعة للابن والتفاضل بين التفسيرين فى هذه الصورة انما هو بثلث ربع السبع
كما لا يخفى على المحاسب (ولو قال سيده كل عبد لى حر اوكل امة لى حرة لا يعتق
مالم يستبن) لان الحنث لا يثبت بالشك ومن حلف بطلاق او عتاق ان كان اول
ولد تلدينه غلاما فولدت خنثى لم يقع حتى يستبين امر الخنثى (ولو قال بعد تقرر
اشكاله انا ذكر او انثى لا يقبل) قوله على الصحيح لانه دعوى يخالف قضية الدليل
(وقبله) اى قبل اشكاله (يقبل) لان الانسان امين فى حق نفسه والقول قول
الامين مالم يعرف خلاف ماقال

﴿ مسائل شتى ﴾

قد ذكرنا قبل هذا ذكر مسائل شتى اومسائل منثورة اومسائل متفرقة من دأب
المصنفين لتدارك مالم يذكر واما يحق ذكره فيه خصوصا اذا انتهى الكتاب (كتابة
الاخرس) مبتدأ خبره الآتى كالبيان (وايماؤه بما يعرف) متعلق بقوله وايماؤه
(به اقراره بنحو تزوج) متعلق بالكتابة والايماء على طريقة التنازع وكذا
ماعطف عليه بقوله (وطلاق وبيع وشراء ووصية وقود) وجب (عليه اوله
كالبيان) اذا كان ايماء الاخرس وكتابته كالبيان وهو النطق باللسان يلزمه الاحكام
المذكورة بالاشارة لان الاشارة يكون بيانا من القادر فاطلك من العاجز وفى
الهداية واذا قرئ على الاخرس كتاب وصية فقيل له نشهد عليك بما فى هذا
الكتاب فاومى برأسه اى نعم اوكتب فاذا جاء من ذلك مايعرف انه اقرار فهو
جائز قال الشراح وانما قيد بقوله فاذا جاء من ذلك مايعرف انه اقرار لان مايجئ
من الاخرس ومعتقل اللسان على نوعين احدهما مايكون ذلك منه دلالة الانكار
مثل ان يحرك رأسه عرضا والثانى مايكون ذلك منه دلالة الاقرار بان يحرك
رأسه طولا اذا كان معهودا منه فى نعم انتهى وفيه كلام لانه لما فسر الايماء
رأسه فى تقرير المسئلة بقوله نعم تعين ان وضعها فيما جاء منه دلالة الاقرار
فلم تبق حاجة فى تقرير جوابها الى قوله فاذا جاء من ذلك مايعرف انه اقرار
بل كان يكفى قوله فهو جائز كما قال بعض الفضلاء لكن لا يخفى ان هذا الكلام لاورود له
لان شان الشارحين ان يطابقوا بكلامهم كلام المصنفين على وجه الايضاح فان
من لم يتفطن لكلامهم قال ماقال (ولا يحد) الاخرس (لقذف ولا لغيره)
كالزنا وشرب الخمر اى لا يكون كتابة الاخرس وايماؤه بالقذف ولا كتابته وايماؤه
بالاقرار بالزنا اوشرب الخمر كالبيان حتى يحد لان الحدود تندرئ بالشبهات
وفى كتابته وايمائه شبهة وكذا لا يحد له اذا كان مقذوفا لبقاء احتمال كونه مصدقا
للقاذف كما مر فى الحدود (ومعتقل اللسان) اى الذى احتبس لسانه بحيث

لايقدر على النطق (ان امتد به ذلك) الاعتقال الى سنة فى رواية وقيل قدر الامتداد الى اوان الموت اذروى عن الامام انه قال اذا دامت العقلة الى وقت الموت يجوز اقراره بالاشارة والاشهاد عليه لانه عجز عن النطق بمعنى لايرجى زواله قالوا وعليه الفتوى ذكره الامام المحبوبى (وعلمت اشارته) اى المعتقل (فهو كالاخرس والا) اى وان لم يمتد اولم تعلم اشارته (فلا) يكون كالاخرس حكما هذا عندنا لان الاشارة انما تعتبر اذا صارت معهودة وذلك فى الاخرس دون المعتقل ولان الضرورة فى الاصلى لازمة وفى العارض على شرف الزوال الا اذا عهدت الاشارة بالامتداد فح يكون بمنزلة الاخرس وعند الشافعى المعتقل كحكم الاخرس فى الامتداد وعدمه لان المجوز هو العجز ولافرق بين الاصلى والعارضى ولابين القديم والحادث (والكتابة من الغائب ليست بحجة) لانه قادر على الحضور فلايكون فى كونها حجة ضرورة بخلاف الاخرس لكن (قالوا الكتابة على ثلثة) اوجه (اما مستبين مرسوم) اى معنون مصدر مثل ان يكتب فى اوله من فلان الى فلان او يكتب الى فلان وفى آخره من فلان على ماجرت به العادت (وهو) اى هذا المذكور من الكتابة (كالنطق فى الغائب والحاضر) على ماقالوا فيلزم حجة وفى زماننا الختم شرط لكونه معتادا وكذا الكتب على كاغد حيث يشترط بناء على العرف المعروف حتى لوكتب على الغير يكون غير مرسوم فلهذا قال (واما مستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدر واوراق الشجر و ينوى فيه) فليس بحجة الا بالنية والبيان لانه بمنزلة الكناية من الصريح فلايصلح حجة (واما غير مستبين كالكتابة على الهواء والماء) وهو بمنزلة كلام غير مسموع (ولاعبرة به) فلايثبت به الحكم وان نوى واما الاشارة فهو حجة من الاخرس فى حق هذه الاحكام للضرورة لانها من حقوق العباد ولاتختص هذه التصرفات بلفظ خاص بل تثبت بالفاظ كثيرة وتثبت بفعل يدل على القول فكذا يجب ان تثبت باشارته لحاجته الى ذلك والغالب فى القصاص حق العبد والحدود حق الله تعالى وهى تسقط بالشبهات (واذا اختلطت الذكية بميتة اقل منها) اى من الذكية (تحرى واكل) فى حالة الاختيار (والا) اى وان لم تكن الميتة اقل منها بل مساوية او اكثر (فلاتؤكل حالة الاختيار و) لكن (يتحرى) فى اكلها (عند الاضطرار) وفى الهداية فان كانت المذبوحة اكثر تحرى فيها واكل وان كانت الميتة اكثر اوكانتا نصفين لم يؤكل وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار واما فى حالة الضرورة يحل له التناول فى جميع ذلك لان الميتة المتيقنة تحل فى حالة الضرورة فالذى يحتمل ان يكون ذكية اولى غير انه يتحرى لانه طريق يوصله الى الذكية

في الحالة فلا يتركه من غير ضرورة وقال الشافعي لايجوز الاكل في حالة الاختيار وان كانت المذبوحة اكثر لان التحري دليل ضروري فلايصار اليه من غير ضرورة ولاضرورة لان الحالة حالة الاختيار ولنا ان الغلبة تنزل منزلة الضرورة في افادة الاباحة الايرى ان اسواق المسلمين لاتخلو عن المحرم والمسروق والمغصوب ومع ذلك يحل التناول اعتمادا على الغالب وهذا لان القليل لايمكن الاحتراز عنه ولايستطاع الامتناع فسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة وقليل الانكشاف بخلاف مااذا كانتا نصفين اوكانت الميتة اغلب لانه لاضرورة (واذا احرق رأس الشاة المتلطخ بدم وزال دمه فاتخذ منه مرقة جاز) استعمالها (والحرق كالغسل) لان النار تأكل مافيه من النجاسة حتى لايبقى فيه شئ او يحيله فيصير الدم رمادا فيطهر بالاستحالة قالوا اذا تنجس التنور يطهر بالنار حتى لايتنجس الخبز (ولوجعل السلطان الخراج لرب الارض جاز بخلاف العشر) هذا عند ابي يوسف وعند الطرفين لايجوز فيهما لانهما في جماعة المسلمين وله ان صاحب الخراج له حق في الخراج فصح تركه عليه وهو صلة من الامام والعشر حق الفقراء على الخلوص كالزكاة ولايجوز تركه عليه وعلى قول ابي يوسف الفتوى كما في التبيين وغيره واذا ترك الامام خراج ارض رجل اوكرمه او بستانه ولم يكن اهلا لصرف الخراج اليه عند ابي يوسف يحل له وهو الفتوى وعند محمد لايحل له وعليه ان يرده الى بيت المال او الى من هو اهل لذلك وان لم يفعل اثم ولوترك العشر لايجوز بالاجماع (ولودفع) الامام (الاراضي المملوكة الى قوم) اي ان عجز اصحاب الخراج عن زراعة الارض واداء الخراج ودفع الامام الاراضي الى غير اصحابها (بالاجرة) اي يواجرها من القادرين على الزراعة ويأخذ الخراج من اجرتها (ليعطوا الخراج) لمستحقه (جاز) ذلك من الامام لما فيه من المصلحة فان فضل شئ من اجرتها يدفعه الى اصحابها وهم الملاك لانه لاوجه الى ازالة ملكهم بغير رضاهم من غير ضرورة ولاوجه الى تعطيل حق المقاتلة فتعين ماذكرنا فان لم يجد الامام من يستأجرها باعها الامام لمن يقدر على الزراعة ولولم يبعها يفوت حق المقاتلة في الخراج اصلا ولو باع يفوت حق المالك في العين والفوات الى خلف كلا فوات فيبيع تحقيقا للنظر من الجانبين وليس له ان يملكها غيرهم بغير عوض ثم اذا باعها يأخذ الخراج الماضي من الثمن ان كان عليهم خراج ورد الفضل الى اصحابها قيل هذا قولهما لان عندهما القاضي يملك بيع مال المديون بالدين والنفقة واما عند الامام فلايملك ذلك فلايبيعها لكن يأمر ملاكها ببيعها وقيل هذا قول الكل والفرق للامام بين هذا وبين غيره من

الديون ان في هذا الزام ضرر خاص لنفع عام ولازالة الضرر عن العام وذلك جائز عنده ولان الخراج حق متعلق برقبة الارض فصار كدين العبد المأذون له ودين الميت في التركة فان القاضي يملك البيع فيهما لتعلق الحق بالرقبة كما في التبيين ولو نوى قضاء رمضان ولم يعين عن اى يوم صح) اى لو كان عليه قضاء صوم يوم او اكثر من رمضان واحد فقضاه ناويا عن قضاء رمضان ولم يعين انه عن يوم كذا جاز وكذا لو صام ونوى عن يومين جاز عن يوم واحد (ولو عن رمضانين فلا) يصح (في الاصح) مالم يعين انه صائم عن رمضان سنة كذا كما في التبيين (وكذا) لا يصح (في قضاء الصلوة لو نوى ظهرا عليه مثلا ولم ينو اول ظهر او آخر ظهر او ظهر يوم كذا) ولو نوى اول ظهر عليه او آخر ظهر عليه جاز لان الصلوة تعينت بتعيينه وكذا الوقت معين بكونه اولا او آخرا فاذا نوى اول صلوة عليه وصلى فايليه يصير اولا ايضا فيدخل في نية اول ظهر عليه ثانيا وكذا ثالثا الى مالا يتناهى وكذا الآخر وهذا مخلص من لم يعرف الاوقات التى فاتته او اشتبهت عليه او اراد التسهيل على نفسه (وقيل يصح) نيته عن رمضانين ونيته ظهرا عليه مثلا (فيهما) اى في قضاء الصوم وقضاء الصلوة (ايضا) اى لو نوى قضاء رمضان ولم يعين اى يوم وهذا قول بعض المشايخ لكن الاول اصح (ولو ابتلع الصائم بزاق غيره فان كان حبيبه لزمه الكفارة والا) اى وان لم يكن حبيبه (فلا) يلزمه الكفارة و يجب القضاء كما بيناه في موضعه (وقتل بعض الحاج عذر في ترك الحج) لان امن الطريق شرط الوجوب او شرط الاداء على ما بين في موضعه ولا يحصل ذلك مع قتل البعض في طريق الحج فكان معذورا في ترك الحج فلا يأثم بتركه (ومن قال لامرأة عند شاهدين توزن من شدى) يعنى انت هل صرت زوجة لى (فقالت المرأة شدم) اى صرت (لا ينعقد النكاح بينهما مالم يقل قبول كردم) لان قولها شدم ايجاب فالم يوجد القبول لا ينعقد وقوله ابتداء توزن من شدى واردفيه على سبيل الاستفهام والمشاورة (ولو قال لها) اى لامرأة عند شاهدين (خويشتن رازن من كردانيدى) معناه هل جعلت نفسك لى زوجة (فقالت المرأة كردانيدم اى جعلت (فقال) الرجل (بذير فتم) يعنى قبلت (ينعقد) النكاح بينهما لان قولهما كردانيدم ايجاب وقوله بذير فتم قبول (ولو قال لرجل دختر خويشتن راپسر من ارزانى داشتى) معناه هل جعلت بنتك لائقة لابنى (فقال داشتم) يعنى جعلت (لا ينعقد) مالم يقل قبول كردم لان هذا اللفظ لا ينبئ عن التمليك (ولو منعت المرأة زوجها من الدخول عليها) اى المرأة (وهو) اى والحال ان الزوج (يسكن معها في بيتها) اى في بيت المرأة (كانت المرأة

ناشزة) لانها حبست نفسها منه بغير حق فلاتجب النفقة لها مادامت على منعه فيتحقق النشوز منها فصار كحبسها نفسها في منزل غيرها هذا اذامنعته ومرادها السكنى فى منزلها (ولو سكن فى بيت الغصب فامتنعت منه فلا) تكون ناشزة لانها محقة اذالسكنى فيه حرام وكذا لاتكون ناشزة لوكان المع ليتقلها الى منزل الزوج وكذا اذا كانت ساكنة معه فى منزله ولم تمكنه من الوطئ لانه يمكن الوطئ كرهاغالبافلا يعدمنعا (ولو قالت لااسكن مع امتك وارايد) نفس المتكلم وحده (بيتا على حدة فليس لها ذلك) لانه لابدله ممن يخدمه فلا يمكن منعه من ذلك (ولو قالت المرأة مراطلاق ده فقال) الزوج (داده كيرا و كرده كير اوداده باد اوكرده باد) معناه اعطنى طلاقا فقال افرضى وقدرى انه قداعطى اوانه قدفعل اوانه كان اعطى اوانه كان قدفعل لان قوله كير معناه الاصلى امسك لكن معناه هنا افرضى وقدرى (ان نوى) الطلاق (يقع والا) اى وان لم ينو (فلا) يقع لاحتمال الوعد والايقاع فيحتاج الى نية الايقاع (ولوقال) الزوج (داده است) فى جواب قولها مراطلاق ده (اوكرده است يقع) الطلاق (وان) وصلية (لم ينو) لانه لايحتمل غير الايقاع فلا يحتاج الى النية (ولوقال داده آنكار وكرده آنكار لايقع) الطلاق (وان) وصلية (نوى) الوقوع والفرق بينهما ان فى الاول اخبار عن الوقوع فيقع مطلقا وفى الثانية ليس باخبار لان معنى قوله داده آنكارا فرضى انه وقع اواحسبى فلايقع به شئ (ولوقال ده مرا نشايد تاقيامت) يعنى هى لاتليق لى الى يوم القيمة (اوهمه عمر) اى هى لاتليق فى جميع عمرى اومدة عمرى (لايقع) الطلاق (الابالنية) لانه من الكنايات (ولوقال لها حيلة زنان كن فهو اقرار بالطلاق الثلاث) لان معنى كلامه افعلى حيلة النساء ومقصودهم بهذا احفظى عدتك اوعدى ايام عدتك فان هذا عندهم كناية عن وقوع الطلاق الثلاث لان المرأة لاتشتغل باموز العدة الابعدتيقن وقوع الثلاث (ولوقال حيله خو يشتن كن فلا) يكون اقرارا بالطلاق الثلاث لان هذا ليس بكناية عن الطلاق عندهم وفى التنوير قال ان كان الله يعذب المشركين فامرأته طالق قالوا لاتطلق امرأته لان من المشركين من لايعذب وتمامه فى شرحه فليطالع (ولوقالت امرأة (له) اى الزوج (كابين ترا بخشيدم) معناه وهبت لك المهر (مراجنك بازدارا) معناه خلصنا من نزاعك (فان طلقها) اى الزوج المرأة (سقط المهر والا) اى وان لم يطلقها (فلا) يسقط المهر للتعليق (ولوقال لعبده ياما لكى اولامته انا عبدك لايعتق) اى لايقع العتق فى العبد ولا فى الامة لانه ليس بصريح العتق ولا كناية له فلايكون فيه شئ مما يقتضى العتق بخلاف قوله لعبده يامولاى

لان حقيقته تنبئ عن ثبوت الولاء وذلك بالعتق فيعتق (ولو دعى الى فعل فقال) المدعو (برمن سوكند است) يعني على اليمين (كه اين كار) يعني هذا الفعل (نكنم) اى لا افعل (فهو اقرار باليمين بالله تعالى) لا باليمين بغيره تعالى كالطلاق ونحوه حملا على المشروع وهو اليمين بالله تعالى (وان قال برمن سوكند است بطلاق) معناه على اليمين بالطلاق (فاقرار بالحلف بالطلاق) للتصريح به حتى اذا فعله تطلق امرأته (وان قال قلت ذلك كذبا لا يصدق) احتياطا في باب اليمين (وكذا) يكون اقرارا بالحلف بالطلاق (لو قال مرا سوكند خانه است كه اين كار نكنم) معناه انا حالف بيمين البيت ان لا افعل هذا الفعل فهو اقرار بالطلاق اعتبارا بالعرف (ولو قال المشترى للبايع بعد البيع بهابازده) معناه رد الثمن (فقال البايع بدهم) اى ارد (يكون فسخا) للبيع لان قول المشترى بها بازده يتضمن قوله فسخت البيع وقول البايع بدهم يتضمن قوله قبلت الفسخ فكان فسخا من الجانبين (العقار المتنازع) فيه (لا يخرج من يدى اليد مالم يبرهن المدعى على انه في يده) اى اذا ادعى عقارا لا يكتفى بذكر المدعى انه في يد المدعى عليه و بتصديق المدعى عليه في ذلك بل لا بد من اقامة البينة انه في يد المدعى عليه حتى يصح دعواه اوعلم القاضي في الصحيح كما مر في الدعوى لان يد المدعى عليه لابد منه لتصح الدعوى عليه اذهو شرط فيها ويحتمل ان يكون في يد غيره فباقامة البينة تنتفي تهمة المواضعة فامكن القضاء عليه باخراجه من يده لتحقق يده بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة فلا يحتاج الى اثباتها بالبينة كما في التبيين وفي البزازية هذا اذا ادعاه ملكا مطلقا امااذا ادعى الشراء من ذى اليد واقراره بانه في يده فانكر الشراء واقر بكونه في يده لا يحتاج الى اقامة البينة على كونه في يده (ولا يصح قضاء القاضي في عقار ليس في ولايته) لكن في التنوير بعقار لا في ولاية القاضي يصح قضاؤه فيه وقال في شرحه وانما عدلنا عما اعتمده لما في البزازية والخلاصة من ان الصحيح ان قضاء القاضي في المحدود يصح وان لم يكن المحدود في ولايته انتهى وفي تبيين الكنز علل عدم صحة القضاء بقوله لانه لا ولاية له في ذلك المكان قال وقد اختلف المشايخ فيه هل يعتبر المكان او الاهل فقيل يعتبر المكان وقيل يعتبر الاهل حتى لا ينفذ قضاؤه في غير ذلك المكان على قول من يعتبر المكان ولا في غير ذلك الاهل على من يعتبر الاهل وان خرج القاضي مع الخليفة من المصر قضى وان خرج وحده لم يجز قضاؤه فهذا ينبغي ان يكون على قول من اعتبر المكان لان القضاء من اعلام الدين فيكون المصر شرطا فيه كالجمعة والعيدين وعن ابى يوسف ان المصر ليس بشرط فيه واليه اشار محمد ايضا انتهى وفي البزازية ان ما اشار

الشهيد هو رواية النوادر وبه يفتى (واذا قضى القاضي في حادثة ببينة ثم قال رجعت عن قضائي اوبدا لي) اى ظهر لي (غير ذلك) القضاء (اووقفت في تلبيس الشهود اوابطلت حكمي ونحو ذلك لا يعتبر) قوله (والقضاء ماض ان كان بعد دعوى صحيحة وشهادة مستقيمة) لان رأيه الاول قد ترجح بالقضاء فلا ينقض باجتهاد مثله ولا يملك الرجوع عنه ولا ابطاله لانه تعلق به حق الغير وهو المدعي الاترى ان الشاهد لما اتصل بشهادته القضاء لا يصح رجوعه ولا يملك ابطالها لما مر في موضعه فكذا القاضي وقال الشعبي كان رسول الله عليه السلام يقضي بالقضاء ثم ينزل القرآن بعد الذي قضى بخلافه فلا يرد قضاءه فيستأنف وفي المحيط وهذا يدل على ان القاضي اذا قضى بالاجتهاد في حادثة لانص فيها ثم تحول عن رأيه فانه يقضي في المستقبل بما هو احسن عنده ولا ينقض ما مضى من قضائه لان حدوث الاجتهاد والرأي دون نزول القرآن والنبي عليه السلام لم ينقض القضاء الذي قضى بالرأي بالقرآن الذي نزل بعده فهذا اولى بخلاف ما اذا قضى باجتهاده في حادثة ثم تبين نص بخلافه فانه ينقض ذلك القضاء ورسول الله عليه السلام قضى باجتهاده ونزل القرآن بخلافه ومع ذلك لم ينقض قضاء الاول والفرق ان القاضي حال ما قضى باجتهاده فالنص الذي هو مخالف لاجتهاده كان موجودا منزلا الا انه خفي عليه وكان الاجتهاد في محل النص فلا يصح والنبي صلى الله عليه وسلم حال ما قضى باجتهاده كان الاجتهاد في محل لانص فيه فيصح وصار ذلك شريعة له فاذا نزل القرآن بخلافه صار ناسخا لذلك الشريعة كما في التبيين وظاهره ان وقوع القضاء بالبينة لابد منه في عدم صحة رجوع القاضي عنه وقيده في الخلاصة بذلك وقال ابن وهبان ويفهم من التقييد انه كان اذا قضى بعلمه يجوز له الرجوع وفي التنوير اذا قال الشهود قضيت وانكر القاضي بان قال لم اقض فالقول للقاضي على القول المفتى به ما لم ينفذه قاض آخر اما اذا انفذه قاض آخر لا يكون القول قوله في انه لم يقض لوجود قضائه الثاني به (ومن له على آخر حق فخبأ) صاحب الحق (قوما ثم سأل) اى سأل الآخر (عنه) اى عن الحق الذي عليه (فاقر به) اى بذلك الحق (وهم) اى القوم (يرونه) اى المقر (ويسمعونه) اى يسمعون اقراره (وهو) اى المقر (لا يراهم صحت شهادتهم عليه) بذلك الاقرار لان الاقرار موجب بنفسه وقد علموه والعلم هو الركن في اطلاق اداء الشهادة قال الله تعالى الامن شهد بالحق وهم يعلمون وقال صلى الله تعالى عليه وسلم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع (وان سمعوا كلامه ولكن لم يروه) اى المقر (فلا) تصح شهادتهم عليه بذلك الاقرار لان النغمة تشبه

النغمة فيحتمل ان يكون المقر غيره الا اذا كانوا دخلوا البيت وعلموا انه ليس فيه احد سواه ثم جلسوا على الباب وليس للبيت مسلك غيره ثم دخل رجل فسمعوا اقرار الداخل ولم يروه وقت الاقرار لان العلم حاصل لهم في هذه الصورة فيجاز لهم ان يشهدوا واعليه كما مر في موضعه (ولو بيع عقار وبعض اقارب البايع حاضر يعلم البيع وسكت لا تسمع دعواه بعده) بخلاف الاجنبي ولو جارا الا اذا تصرف المشترى فيه زرعا وبناء حيث تسقط دعواه على ما عليه الفتوى قطعا للاطماع الفاسدة بخلاف ما اذا باع الفضولى ملك رجل والمالك ساكت حيث لا يكون رضى عندنا خلافا لابن ابى ليلى وفي التبيين لم يعين القريب هنا وفي الفتاوى لابى الليث ذكر انه لو باع عقارا وابنه وامرأته حاضر يعلم به وتصرف المشترى فيه زمانا ثم ادعى الابن انه ملكه ولم يكن ملك ابيه وقت البيع اتفق مشايخنا على انه لا تسمع مثل هذه الدعوى وهو تلبيس محض وحضوره عند البيع وتركه فيما يصنع فيه اقرار منه بانه ملك البايع وان لا حق له في المبيع وجعل سكوته في هذه الحالة كالافصاح بالاقرار قطعا للاطماع الفاسدة لاهل العصر في الاضرار بالناس وتقييده بالقريب ينفى جواز ذلك مع القريب انتهى لكن لم يقيده المص بقوله ان يتصرف المشترى فيه زمانا لان التقييد به يوجب التسوية بين القريب والجار مع ان الجار يخالفه قال ظهير الدين فتوى ائمة بخاوى على ان سكوته لا يكون تسليما وله المطالبة والدعوى كما اذا كان الحاضر الساكت غير الولد والزوجة والقريب لان سكوت الناطق لا يجعل اقرارا وائمة خوارزم على رأى ائمة سمر قند حيث لا تسمع دعواه واختار القاضى في فتاواه انه تسمع في الزوجة لا في غيرها وفي المنح يتأمل المفتى في ذلك ان رأى المدعى الساكت الحاضر ذا حيلة افتى بعدم السماع وان رأى خلافه افتى بالسماع لكن الغالب على اهل الزمان الفساد فلا يفتى الا بما اختاره اهل خوارزم

(ولو وهبت امرأة مهرها من زوجها ثم ماتت المرأة فطلب اقاربها المهر منه وقالوا) اى الورثة (كانت الهبة في مرض موتها) اى المرأة (وقال) الزوج (لا بل في صحتها فالقول له) اى للزوج وفي التبيين والقياس ان يكون القول للورثة لان الهبة حادثة والحوادث تضاف الى اقرب الاوقات ووجه الاستحسان انهم اتفقوا في سقوط المهر عن الزوج لان الهبة في مرض الموت تفيد الملك وان كانت للوارث الا ترى ان المريض اذا وهب عبد الوارثه فاعتقه الوارث او باعه نفذ تصرفه ولكن يجب عليه الضمان ان مات المورث في ذلك المرض ردا للوصية للوارث بقدر الامكان فاذا سقط عنه المهر بالاتفاق فالوارث يدعى العود عليه بموتها والزوج ينكر فالقول قول المنكر انتهى وقال صاحب

المنح فالقول للورثة هذا هو المعتمد كما في الخانية ونص كلامه رجل مات وترك
مالا فادعى بعض الورثة عينا من اعيان التركة ان المورثة وهب له في صحته
وقبضه ونفته الورثة قالوا ان كان ذلك في المرض فالقول يكون قول من يدعى
الهبة في المرض وان اقاموا البينة فالبينة بينة من يدعى الهبة في الصحة كذا ذكر
في الجامع الصغير انتهى (ولو اقر بحق ثم قال كنت كاذبا فيما اقررت حلف المقر له
ان المقر لم يكن كاذبا فيما اقر ولست بمبطل فيما ادعى عليه عند ابي يوسف)
وهو استحسان وعندهما يؤمر بتسليم المقر به الى المقر له وهو القياس لان الاقرار
حجة ملزمة شرعا فلا يصار معه الى اليمين كالبينة بل اولى لان احتمال الكذب
فيه ابعد لتضرره بذلك وجه الاستحسان ان العادة جرت بين الناس انهم
يكتبون صك الاقرار ثم يأخذون المال فلا يكون الاقرار حجة على اعتبار
هذه الحالة فيحلف (وبه) اى بقول ابي يوسف (يفتى) لتغير احوال الناس
وكثرة الخداع والخيانات وهو يتضرر بذلك والمدعى لا يضره اليمين ان كان صادقا
فيصار اليه كما في التبيين وفي مجمع الفتاوى ان البائع لو اقر بقبض الثمن ثم قال
لم اقبضه يحلف المشترى استحسانا وكذا لو قر الواهب ثم انكر واراد استحلاف
الموهوب يحلف وكذا لو اقر بقبض الدين ثم قال كذبت وكذا لو اقر المشترى
بقبض المبيع ثم قال لم اقبضه فله ذلك استحسانا عنده لا عند الطرفين وروى
ان محمدا لما قلد القضاء رجع الى قول ابي يوسف (والاقرار ليس سببا للملك)
لانه ليس بناقل لملك المقر الى المقر له لان الاقرار اخبار يحتمل الصدق فيجوز
تخلف مدلوله الوضعي عنه بخلاف الانشاء كالبيع والهبة ونحوهما لانه ايجاد
معنى بلفظ يقارنه في الوجود فيمتنع فيه التخلف (ولو قال لآخر وكلتك ببيع
هذا) الشيء (فسكت) المخاطب (صار وكيلا) لان سكوته وعدم رده
من ساعته دليل القبول عادة ونظيره هبة الدين ممن عليه الدين واذا سكت
صحت الهبة وسقط لما بيناه وان قال من ساعته لا اقبل بطل وبقي الدين على حاله
(ومن وكل امرأته بطلاق نفسها لا يملك) الزوج الموكل (عزلها) لانه يمين
من جهة لما فيه من معنى اليمين وهو تعليق بفعلها فلا يصح الرجوع عن اليمين
وهو تمليك من جهتها لان الوكيل هو الذي يعمل لغيره وهي عاملة لنفسها
فلا تكون وكيلة بخلاف الاجنبي كما في التبيين (ولو قال لآخر وكلتك بكذا على
انى متى عزلتك فانت وكيلي فطريق عزله ان يقول عزلتك ثم عزلتك)
لان الوكالة يجوز تعليقها بالشرط فيجوز تعليقها بالعزل عن الوكالة فاذا عزله
انعزل عن الوكالة المنجزة فتنجزت المعلقة فصار وكيلا جديدا ثم بالعزل الثاني
انعزل عن الوكالة الثانية كما في التبيين (ولو قال) لآخر وكلتك بكذا على انى

(كلما عزلتك فانت وكيلي لا) يكون معزولا بل كلما عزله كان وكيلا لان كلما تفيد عموم الافعال (فاذا اراد ان يعزله فطريقه ان يقول رجعت عن الوكالة المعلقة وعزلتك عن المنجزة) فانه اذا رجع عنها لا يبقى لها اثر فاذا قال بعدها وعزلتك عن الوكالة المنجزة الحاصلة من لفظ كلما فح ينعزل (وقبض بدل الصلح قبل التفرق شرط ان كان) الصلح (دينا بدين) بان وقع الصلح على دراهم عن الدنانير او على شئ آخر في الذمة لانه صرف او بيع وفيه لا يجوز الافتراق عن الدين بالدين (والا) اى وان لم يكن دينا بدين (فلا) يشترط قبضه لان الصلح اذا وقع على غير متعين لا يبقى دينا في الذمة فجاز الافتراق عنه وان كان مال الربوا كما اذا وقع الصلح على شعير بعينه عن حنطة في الذمة وقدمر في موضعه (ومن ادعى على صبي دارا فصالحه ابوه على مال الصبي فان كان له) اى للمدعى (بينة جاز الصلح ان كان بمثل القيمة او اكثر بما يتغابن فيه) بين الناس لان للصبي فيه منفعة وهى سلامة العين له لانه لو لم يصالح يستحقه المدعى بالبينة فيأخذه فيكون هذا الصلح من الاب بمنزلة الشراء من المدعى (وان لم يكن له) اى للمدعى (بينة او كانت البينة غير عادلة لا يجوز) الصلح لان الاب يصير متبرعا بمال الصبي بالصلح لا مشتريا لانه لم يستحق المدعى شيئا من ماله لولا الصلح (ومن قال لا بينة لى) على دعوى هذا الحق (ثم برهن) اى اقام بينة (صح) برهانه لانه يمكن ان تكون له بينة فنسيها ثم ذكرها بعد ذلك وعن الامام انها لا تقبل الظاهر لتناقض والاصح القبول بخلاف ما اذا قال ليس لى حق عليه ثم ادعى عليه حقا حيث لا تسمع دعواه للتناقض (وكذا لو قال لا شهادة لى في هذه القضية ثم شهد) لما مر وعن الامام انها لا تقبل ايضا وقيل تقبل وفاقا ان وافق وفي التنوير قال تركت دعواى على فلان وفوضت امرى الى الآخرة لا تسمع دعواه بعده وفي التبيين لو قال ليس لى عند فلان شهادة ثم جاء به فشهد فانه تقبل شهادته او قال لا حجة لى على فلان ثم اتى بالحجة فانها تقبل ولو قال لا اعلم لى حقا على فلان ثم اقام البينة ان له عليه حقا تقبل ولو قال هذه الدار ليست لى او ذلك العبد ثم اقام بينة ان الدار او العبد له تقبل بينته لانه لم يثبت باقراره حقا لاحد وكل اقرار لم يثبت به لغيره حق كان لغوا ولهذا تصح دعوى الملاعن نسب ولد نفى بلعانه نسبه لانه حين نفاه لم يثبت فيه حقا (وللامام الذى ولاه الخليفة ان يقطع) من الاقطاع (انساما من طريق الجادة) وهى الشارع الاعظم (ان لم يضر) ذلك (بالمارة) لعموم ولايته في حق الكافة فيما فيه نظر بهم وكان له ذلك من غير ان يلحق ضررا باحد الا ترى انه اذا رأى ان يدخل بعض الطريق في المسجد او بالعكس وكان في ذلك مصلحة للسلمين

كان له ان يفعل ذلك والامام الذى ولاه الخليفة بمنزلة الخليفة لانه نائبه فيملك ما يملكه (ومن صادره السلطان) بان اراد ان يأخذ منه مالا (ولم يعين السلطان) (بيع ماله) بل طلب منه جملة من المال (فباع ماله نفذ) بيعه لانه غير مكره به وانما باع باختياره غاية الامر انه احتاج الى بيعه لايفاء ماطلب منه وذلك لايوجب الكره كالدائن اذا حبس بالدين فباع ماله لقضاء الدين الذى عليه فانه يجوز لانه باعه باختياره وانما وقع الكره فى الايفاء لافى البيع كما فى التبيين

(ولو خوف امرأته بالضرب حتى وهبت مهرها منه لاتصح الهبة ان قدر على الضرب) لانها مكرهة عليه اذ الاكراه على المال يثبت بمثله (وان اكرهها) اى المرأة (على الخلع فعلت يقع الطلاق) لان طلاق المكره واقع (ولا يجب المال) اذ الرضاء شرط فيه وقد انعدم على مابيناه فى الاكراه (ولو احالت) اى المرأة (انسانا بالمهر على الزوج) ليأخذ منه عوض دينه مثلا (ثم وهبته من الزوج لاتصح الهبة) لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن فصار كما لو باع المرهون اووهبه (ومن اتخذ بئرا او بالوعة فى داره فنز منها) اى من البئر او البالوعة (حائط جاره وطلب) الجار (تحويله) اى تحويل ذلك الى موضع آخر (لايجبر عليه) اى على التحويل لانه تصرف فى خالص ملكه (وان سقط الحائط منه) اى من ذلك اى من سبب النز (لايضمنه) اى لايضمن صاحب البئر لان هذا تسبيب فلا يجب الضمان الا بالتعدى (ومن عمر دار زوجته بماله) اى بمال الزوج (باذنها) اى باذن الزوجة (فالعمارة تكون لها) اى للزوجة لان الملك لها وقد صح امرها بذلك (والنفقة) التى صرفها الزوج على العمارة (دين له) اى للزوج (عليها) اى على الزوجة لانه غير متطوع فيرجع عليها لصحة الامر فصار كالمأمور بقضاء الدين (وان عمرها) اى الدار (لها) اى للزوجة (بلا اذنها) اى الزوجة (فالعمارة لها) اى للزوجة (وهو) اى الزوج (فى العمارة (متطوع) فى الانفاق فلا يكون له الرجوع عليها به (وان عمر لنفسه بلا اذنها) اى الزوجة (فالعمارة له) اى للزوج لان الآلة التى بنى بها ملكه فلا يخرج عن ملكه بالبناء من غير رضاه فيبقى على ملكه ويكون غاصبا للعرصة وشاغلا ملك غيره بملكه فيؤمر بالتفريغ ان طلبت زوجته ذلك كما فى التبيين لكن بقى صورة وهى ان تعمر لنفسه باذنها ففى الفرائد ينبغى ان تكون العمارة فى هذه الصورة له والعرصة لها ولا يؤمر بالتفريغ ان طلبته انتهى (ومن اخذ غريما له فنزعه انسان من يده فلاضمان على النازع) اذا هرب الغريم لان النزع تسبيب وقد دخل بينه وبين ضياع حقه فعل فاعل مختار فلا يضاف اليه التلف كما اذا حل قيد العبد فابق اوكدلالة السارق على مال غيره فان الدال

لايجب عليه الضمان لان التلف حصل بفعل السرقة لا بالدلالة ولكن امسك هاربا من عدو حتى قتله العدو فان الممسك لا يجب عليه الضمان فكذا هذا (ومن في يده مال انسان فقال له السلطان ادفعه) اى هذا المال (الى والا قطعت يدك اوضربتك خمسين سوطا لايضمن) الدافع (لودفع المال) الى السلطان لانه مكره عليه فكان الضمان على المكره اوعلى الآخذ ايهما شاء المالك ان كان الآخذ مختارا والافعلى المكره فقط كما في التبيين لكن ان كان المكره والآخذ هو السلطان فقط بشهادة قوله الى فلا معنى لقوله اوعلى الآخذ تدبر (ولووضع في الصحراء منجلا ليصيد به) اى بالمنجل (حمار وحش وسمى عليه) عند الوضع (فجاء في اليوم الثاني (ووجد الحمار مجروحا ميتا لايحل اكله) لان الشرط ان يجرحه انسان او يذبحه ولم يوجد وتقييده باليوم الثاني اتفاقي حتى لووجده ميتا من ساعته لا يحل لعدم شرطه (ويكره من الشاة الحيا) مقصورا وهو الفرج (والخصية والمثانة والذكر والغدة والمرارة والدم المسفوح) لماروى الاوزاعى عن واصل بن جيلة عن مجاهد قال كره رسول الله عليه السلام من الشاة الذكر والانثيين والقبل والغدة والمرارة والمثانة والدم قال الامام الدم حرام واكره الستة وذلك لقوله عز وجل حرمت عليكم الميتة والدم فلما تناوله النص قطع بتحريمه وكره ماسواه لانه مما تستخبثه الانفس وتكرهه وهذا المعنى سبب الكراهة لقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث كما في التبيين لكن ان هذه الاشياء ان كانت من الخبائث ينبغي القول بتحريمها لان قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث ينتظمها فكيف تجعل مكروهة وان لم يكن كذلك فلا بد من الدليل على الكراهة بمعنى آخر وفي شرح الوهبانية تفصيل وحاصله ان الامام اطلق اسم الحرام على الدم المسفوح وسمى ماسواه مكروها لانه ثبتت حرمته بدليل مقطوع به وهو النص المعتبر وهو قوله تعالى الا ان يكون ميتة اودما مسفوحا وبقية الستة لم تثبت به بل بالاجتهاد وبظاهر الكتاب المحتمل للتأويل والحديث (وللقاضي ان يقرض مال الغائب والطفل واللقطة) لقدرته على الاستخلاص فلا يفوت الحفظ به بخلاف الاب والوصي والملتقط لعجزهم فيكون تضييعا الا ان الملتقط اذا نشد اللقطة ومضى مدة النشدات ينبغي ان يجوز له الاقراض من فقير لانه لوتصدق به عليه في هذه الحالة جاز فالقرض اولى كما في التبيين وفي الاقضية انما يملك القاضي الاقراض اذالم يحصل غلة لليتيم امااذا وجدت فلا يملكه هكذا روى عن محمد وينبغي ان يشترط لجواز اقراض القاضي عدم وصي اليتيم ولوكان منصوب القاضي فانه لم يجز عند وجود الوصي وهو الصحيح كما في الفصولين (ولوكانت حشفة الصبي ظاهرة) حيث (من رآه ظنه مختونا) الحال انه

(لاتقطع جلدة ذكره الا بمشقة جاز ترك ختانه على حاله) لان قطع جلدة ذكره لتنكشف الحشفة فاذا كانت الحشفة ظاهرة فلا حاجة الى القطع وان كان توارى الحشفة يقطع الفضل ولو ختن ولم يقطع الجلدة كلهـا ينظر ان قطع اكثر من النصف يكون ختانا لان للاكثر حكم الكل وان قطع النصف فادونه لايعتدبه لعدم الختـان حقيقة وحكما (وكذا) جاز ترك ختـان (شيخ اسلم وقال اهل البصيرة لايطيق الختان) للعذر الظـاهر والختان سنة وهو من شعـائر الاسلام وخصـايصه فلواجتمع اهل بلدة على تركه حاربهم الامام (ووقت الختـان غير معلوم) عنـد الامام فانه قال لاعلم لى بوقته ولم يروعنهما فيـه شئ (وقيل سبع سنين) وقيل لايختن حتى يبلغ وقيل اقصـاه اثنى عشرة سنة وقيل تسع سنين وقيل وقته عشرسنين لانه يؤمر بالصلاة اذابلغ عشرا اعتبارا او تخلقا فيحتاج الى الختـان لانه شرع للطهارة وقيل ان كان قو يايطيق الم الختـان ختن والافلاوهو اشبه بالفقه وختان المرأة ليس بسنة (ولا يجوزان يصلى على غير الانبياء والملائكة الابطريق التبع) كما يقال اللهم صل على محمدوآله وصحبه وسلم ونحوذلك وذلك لان فى الصلوة من التعظيم ماليس فى غيرها من الدعوات وهى لزيادة الرحمة والقرب من الله تعـالى ولايليق ذلك لمن يتصـور منه الخطايا والذنوب وانمايدعى له بالعفو والمغفرة والتجاوز ويستحب الترضى للصحابة والترحم للتـابعين ومن بعدهم من العلماء والعبـاد وسائر الاخيار وكذا يجوز الترحم على الصحابة والترضى للتابعين ومن بعدهم من العلماء والعباد (ولا) يجوز (الاعطاء باسم النيروز والمهرجان) اى الهـدايا باسم هـذين اليومين حرام بل كفران قصدتعظيم المذكور من النيروز والمهرجان كمابيّنـاه فى موضعه (ولابأس بلبس القلانس) لمـاروى ان النبى صلى الله تعـالى عليه وسلم كان له قلانس يلبسها وقدصح ذلك (وللشاب العالم ان يتقدم على الشيخ الجـاهل) لماانه افضل منه قال الله تعـالى هل يستوى الذين يعلمون والذين لايعلمون ولهذا يقـدم فى الصلوة وهى احد اركان الاسلام وقال الله تعـالى اطيعوا الله واطيعوا الرسول واولى الامر منكم والمراد باولى الامر العلماء فى اصح الاقوال والمطاع شرعا يقدم والعلماء ورثة الانبياء عليهم السلام على ماجاءت به السنة (وللحافظ القرآن ان يختم فى اربعين يوما) لان المقصود من قراءة القرآن فهم معـانيه والاعتبـار بمـا فيه لامجرد التلاوة وذلك يحصل بالتـأنى بالتوانى فى المعـالى فقدروا للختم اقله باربعين يوما يقرأ فى كل يوم حزبا او نصف حزب واقل ولله در المص ان يختم كتابه فى بيان قراءة القرآن وكيفية الختم

وجه التأخير بين فلايحتاج الى البيان هى جمع فريضة من الفرض وهو التقدير يقال فرض القاضى النفقة اى قدها وسمى هذا العلم فرائض لان الله تعالى قدره بنفسه ولم يفوض تقديره الى ملك مقرب ولانبي مرسل وبين نصيب كل واحد من النصف والربع والثمن والثلثين والثلث والسدس بخلاف سائر الاحكام كالصلوة والزكوة والحج وغيرها فان النصوص فيها مجملة وانما السنة بينتها وهذا العلم من اشرف العلوم قال صلى الله عليه وسلم العلم ثلاثة وماسوى ذلك فضل آية محكمة اوسنة قائمة اوفريضة عادلة وقدحث صلى الله عليه وسلم على تعليمه وتعلمه بقوله تعلموا الفرائض وعلموها فانها نصف العلم وهو ينسى وهو اول شئ ينزع من امتى (يبدأ من تركة الميت) الخالية عن تعلق حق الغير بعينها كالرهن والعبد الجانى والمشترى قبل القبض فان صاحبه يقدم على التجهيز كما فى حال حيوته وان لم يكن يبدأ (بتجهيزه ودفنه) اعتبارا لحالة الحيوة فان المرأ يقدم نفسه فى حيوته فيما يحتاج اليه من النفقة والكسوة والسكنى على اصحاب الديون مالم يتعلق حق الغير بعين ماله فكذا بعد وفاته فانه يقدم تجهيزه ودفنه (بلااسراف ولاتقتير) وهو قدر كفن الكفاية اوكفن السنة اوقدر مايلبسه فى حيوته من اوسط ثيابه اومن الذى كان يتزين به فى الاعياد والجمع والزيارات على مااختلفوا فيه وقال ابو يوسف كفن المرأة على زوجها خلافا لمحمد قال الصدر الشهيد وقاضيخان الفتوى على قول ابى يوسف (ثم تقضى ديونه) من جميع ماله الباقى بعد التجهيز والدفن اى ثم يبدأ بوفاء دينه الذى له مطالب من جهة العباد لادين الزكوة والكفارات ونحوها لان هذه الديون تسقط بالموت فلايلزم الورثة اداؤها الا اذا اوصى بها اوتبرعوا بها من عندهم (ثم تنفذ وصاياه من ثلث مابقى بعد الدين) ثم يبدأ بوصيته اى بتنفيذها من ثلث مابقى بعد التجهيز والدين وفى اكثر من الثلث لايجوز الا باجازة الورثة على مامر ثم هذا ليس بتقديم على الورثة فى المعنى بل تشريك لهم حتى اذا سلم له شئ سلم للورثة ضعفه اواكثر (ثم يقسم الباقى بين ورثته) اى الذين ثبت ارثهم بالكتاب والسنة واجماع الامة (ويستحق الارث بنسب ونكاح وولاء) كما سيأتى مفصلا (ويبدأ باصحاب الفروض) اى كل صاحب سهم مقدر فى الكتاب اوالسنة اوالاجماع كما ذكره السرخسى وتقديمهم على العصبة لقوله عليه السلام الحقوا الفرائض باهلها فما ابقته فلاولى رجل ذكر (ثم) يبدأ (بالعصبات النسبية) فان العصوبة النسبية اقوى من السببية يرشدك الى ذلك ان اصحاب الفروض

النسبية يرد عليهم دون اصحاب الفروض السببية اعنى الزوجين (ثم) يبدأ (بالمعتق) بكسر التاء مذكرا كان اومؤنثا فان من اعتق عبدا اوامة كان الولاء له و يرثه ويسمى ذلك ولاء العتاقة و النعمة (ثم عصبته) اى يبدأ عند عدم مولى العتاقة بعصبته من الذكور وهذا قيد لابد منه لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن الحديث (ثم الرد) اى يبدأ بعد العصبات السببية بالرد (على ذوى الفروض النسبية) لبقاء قرابتهم بعد اخذ فرائضهم دون ذوى الفروض السببية (ثم ذوى الخال) اى يبدأ عند عدم الرد لانتفاء ذوى الفروض النسبية بذوى الارحام وهو الذين لهم قرابة وليسوا بعصبة ولا ذوى سهم (ثم مولى الموالاة) اى عند عدم هؤلاء المذكورين يبدأ فى جميع الميراث بمولى الموالاة ان لم يوجد احد الزوجين وان وجد يبدأ به ايضا لكن فى الباقى من فرضه وتفصيل مولى الموالاة قدمر فى موضعه (ثم المقر له بالنسب) على الغير (لم يثبت) نسبه باقراره من ذلك الغير اذا مات المقر على اقراره يعنى ان هذا المقر له مؤخر فى الارث عن مولى الموالاة ومقدم على الموصى له بجميع المال وفصله السيد فى شرح الفرائض فليطالع (ثم الموصى له باكثر من الثلث) اى اذا عدم من تقدم ذكره يبدأ بمن اوصى له بجميع المال فيكمل له وصيته لان منعه عما زاد على الثلث لاجل الورثة فاذا لم يوجد احد منهم فله عندنا ما عين له كاملا وانما اخر عن المقر له بناء على ان له نوع قرابة بخلاف الموصى له (ثم بيت المال) اى اذا لم يوجد احد من المذكورين توضع التركة فى بيت المال على انه مال ضايع فصار فيئا لجميع المسلمين فيوضع هنالك وليس ذلك بطريق الارث وعند الشافعية ان بيت المال ان كان منتظما يقدم على ذوى الارحام والرد ولا ميراث عندهم اصلا لمولى الموالاة ولا للمقر له بالنسب على الغير ولا للموصى له بجميع المال (و يمنع الارث الرق) وافرا كان اوناقصا لان جميع ما فى يده من المال فهو لمولاه فلو ورثناه عن اقر بائه لوقع الملك لسيده فيكون توريثا للاجنبى بلا سبب وانه باطل اجماعا (والقتل) كما مر تفصيله فى الجنايات (واختلاف الملتين) فلا يرث الكافر من المسلم اجماعا ولا المسلم من الكافر على قول على وزيد وعامة الصحابة رضى الله تعالى عنهم واليه ذهب علماؤنا والشافعى كما مر تفصيله (واختلاف الدارين حقيقة) كالحربى والذمى (او حكما) كالمستأمن والذمى او الحربيين من دارين مختلفين كما ذكره فلا حاجة الى التكرار (والمجمع على توريثهم من الرجال عشرة الاب وابوه) اى اب الاب (والابن وابنه والاخ وابنه والعم وابنه والزوج ومولى النعمة) اى مولى العتاقة (ومن النساء سبع الام والجدة) اى ام الام (والبنت و بنت الابن والاخت والزوجة ومولاة النعمة) اى مولاة

العتاقة (وهم) اى الوارثون المجمع على توريثهم قسمان (ذوفرض وعصبة) اى المورث فذو الفرض من له سهم مقدر (والسهام المقدرة فى كتاب الله تعالى ستة النصف) وقد ذكر فى كتاب الله تعالى فى ثلثة مواضع فقال وان كانت واحدة اى البنت فلها النصف وقال ولكم نصف ماترك ازواجكم وقال وله اخت فلها نصف ماترك (والربع) وقد ذكر فى موضعين حيث قال فلكم الربع مماتركن وقال ولهن الربع مما تركتم (والثمن) وقدذكر فى موضع حيث قال ولهن الثمن مماتركتم (والثلثان) وقد ذكر فى موضعين حيث قال فى حق البنات فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ماترك وفى حق الاخوات فان كانتا اثنتين فلهما الثلثان (والثلث) وقد ذكر فى موضعين حيث قال فلامه الثلث و قال وان كانوا اى اولاد الام اكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث (والسدس) وقد ذكر فى ثلثة مواضع حيث قال ولابويه لكل واحد منهما السدس وقال وان كان له اخوة فلامه السدس وقال فى حق ولد الام وله اخ او اخت فكل واحد منهما السدس ثم شرع فى التفصيل فقال (فالنصف للبنت و بنت الابن عندعدمها) اى عدم البنت لان بنت الابن قامت مقامها اذا عدمت البنت (و) النصف (للاخت للابوين وللاخت للاب عند عدمها) اى عدم الاخت لابوين (اذا انفردن) عن اخوتهن واما اذا اختلطن بهم تصير عصبات بهم و يكون للذكر مثل حظ الانثيين كما سيأتى (و) النصف (للزوج عند عدم الولد وولد الابن) وقيد بولد الابن ليخرج ولد البنت فان الحكم لايكون كذلك بل يكون لها معه الربع (والربع له) اى للزوج (عند وجود احدهما وان سفل) لقوله تعالى ولكن نصف ماترك ازواجكم ان لم يكن لهن ولد فان كان لهن ولد فلكم الربع مماتركن فيستحق كل زوج اما النصف واما الربع مما تركته امرأته (وللزوجة) الربع (وان) وصلية (تعددت عند عدمهما) اى الولد اوولد الابن لقوله تعالى ولهن الربع مماتركتم ان لم يكن لكم ولد (والثمن لها) اى للزوجة (كذلك عند وجود احدهما) اى الولد اوولد الابن وان سفل لقوله تعالى فان كان لكم ولد فلهن الثمن مماتركتم وان كن اكثر من واحدة اشتركن فيه لوجهين احدهما ان يلزم الاجحاف ببقية الورثة لانه لو اعطى كل واحدة منهن ربما يأخذن الكل اذا ترك اربع زوجات بلاولد والنصف مع الولد والثانى ان مقابلة الجمع بالجمع تقتضى مقابلة الفرد بالفرد كقوله ركب القوم دوابهم ولبسوا ثيابهم فيكون لواحدة الربع او الثمن عند انفرادها بالنص واذا كثرت وقعت المزاحمة بينهم فيصرف اليهن جميعا على السواء لعدم الاولوية ولفظ الولد يتناول ولد الابن فيكون مثله بالنص او بالاجماع فتصيرله

حالتــان (والثلثان لكل اثنين فصاعدا ممن فرضهن النصف) وهى البنــات والاخوات لقوله تعالى فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ماترك (والثلث للام عند عدم الولد وولد الابن و) عدم (الاثنين من الاخوة والاخوات ولها) مع هؤلاء (السدس) ولفظ الجمع فى الاخوة فى قوله تعالى فان كان له اخوة يطلق على الاثنين فيحجب الام لهما من الثلث الى السدس من اى جهة كانا او من جهتين لان لفظ الاخوة يطلق على الكل وهــذا قول جمهور الصحابة رضى الله تعالى عنهم وعن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما انه لم يحجب الام من الثلث الى السدس الا بثلاثة منهم عملا بظاهر الآية (ولهــا) اى للام (ثلث ما يبقى بعد فرض احد الزوجين فى زوج وابوين اوزوجة وابوين) فيكون لها السدس مع الزوج والاب والربع مع الزوجة والاب لانه هو الثلث البـاقى بعد فرض احد الزوجين فصــار للام ثلاثة احوال ثلث الكل وثلث ما يبقى بعد فرض احد الزوجين والسدس وابن عباس رضى الله تعالى عنهما لايرى ثلث الباقى بل يورثها ثلث الكل والباقى للاب وخالف فيه جمهور الصحابة رضى الله عنهم (ولو كان مكان الاب فيهما جد فلهــا) اى للام (ثلث الجميع) عند الطرفين فلا يبـالى بتفضيلها عليه لكونها اقرب منه (خلافا لابى يوسف) فان لهــا مع الجد ايضــا ثلث البـاقى عنده كما فى الاب فعلى هذه الرواية جعل الجد كالاب فيعصب الام كما يعصبها الاب (و) الثلث (للاثنين فصــاعــدا من ولد الام يقسم) الثلث (لذكورهم واناثهم بالسوية) يعنى الانثى منهم تأخــذ مثل ما يأخذ الذكر منهم بلا تفضيل الذكر منهم على الانثى لقوله تعــالى وان كانوا اكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث والشركة تقتضى المســاواة (والسدس للواحد منهم) اى من اولاد الام (ذكرا او انثى) لقوله تعــالى وان كان رجل يورث كلالة او امرأة وله اخ او اخت فلكل واحد منهما السدس والمراد به اولاد الام ولهذا قرأ بعضهم وله اخ او اخت لام (و) السدس (للام عنــد وجود الولد او ولد الابن او) وجود (الاثنين من الاخوة والاخوات) كما سبق (و) السدس (للاب مع الولد او ولد الابن) فان كان مع الاب ابن فله فرضه اعنى السدس والبــاقى للابن وان كان معه بنت فله السدس ايضــا لان اسم الولد يتناول الابن والبنت وللبنت النصف بالفرض وما بقى للاب ايضا لانه اولى رجل ذكر من العصبات عند عدم الابن وولد الابن ولد شرعا بالاجمــاع قال الله تعالى يابنى آدم وليس دخول ولد الابن فى الولد من باب الجمع بين الحقيقة والمجــاز بل هو من باب عموم المجــاز او عرف كون حكم ولد الابن كحكم الولد بدليل آخر وهو الاجمــاع (وكذا) السدس (للجد الصحيح عند عــدمه) اى عدم الاب

لان الجد الصحيح كالاب الا فى اربع مسائل مشهورة ثم عرفه فقال (وهو) اى الجد الصحيح (من لا يدخل فى نسبته الى الميت ام) كاب الاب (فان دخلت فى نسبته الى الميت ام (فجد فاسد) فلا يرث الاعلى انه من ذوى الارحام لان تخلل الام فى النسبة يقطع اذ النسب النسب الى الآباء لان النسب للتعريف والشهرة وذلك بالمشهور وهو الذكور دون الاناث (و) السدس (للجدة الصحيحة وان) وصلية (تعددت) كام الام مع ام الاب فيشتركن فى السدس اذا كن ثابتات متحاذيات فى الدرجة لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم اطعموا الجدة السدس وابو بكر رضى الله عنه اشرك بين الجدتين فى السدس وكان ذلك بمحضر الصحابة ولم ينكر عليه احد فكان اجماعا ثم عرفها فقال (وهى) اى الجدة الصحيحة (من لا يدخل فى نسبتها الى الميت جد فاسد) هى من يتخلل فى نسبتها الى الميت ذكر بين امين (و) السدس (لبنت الابن وان) وصلية (تعددت مع الواحدة من بنات الصلب) تكملة للثلثين لان حق البنات الثلثان وقد اخذت الواحدة النصف لقوة القرابة فبقى السدس من حق البنات فيأخذه بنات الابن واحدة اومتعددة ومابقى من التركة فلاولى عصبة فبنات الابن من ذوات الفروض مع الواحدة من الصلبيات هذا اذا لم يكن فى درجتهن ابن ابن واما اذا كان معهن ابن ابن يكن عصبة معه ولا يرثن السدس كما سيأتى (وللاخت لاب كذلك) اى لها السدس وان تعددت (مع الاخت الواحدة للابوين) لان حق الاخوات الثلثان وقد اخذت الاخت الواحدة للابوين النصف فبقى منه سدس فيعطى للاخوات لاب تكملة للثلثين ولا يرثن مع الاختين لاب وام الا ان يكون معهن اخ لاب فيعصبهن كما سيأتى

فصل فى العصبات

العصبة النسبية ثلثة عصبة بنفسه وعصبة بغيره وعصبة مع غيره (والعصبة بنفسه ذكر) فان الانثى لا تكون عصبة بنفسها بل بغيرها او مع غيرها (ليس فى نسبته الى الميت انثى) فان قلت الاخ لاب وام عصبة بنفسه مع ان الام داخلة فى نسبته الى الميت قلت قرابة الاب اصل فى استحقاق العصوبة فانها اذا انفردت كفت فى اثبات العصوبة بخلاف قرابة الام فانها لا تصلح بانفرادها علة لاثباتها فهى ملغاة فى اثبات العصوبة لكننا جعلناها بمنزلة وصف زائد فرجحنا بها الاخ لاب وام على الاخ لاب (وهو يأخذ ما ابقته الفرائض وعند الانفراد) اى انفراده عن غيره فى الوراثة (يحرز جميع المال) بجهة واحدة وفى التبيين هذا رسم وليس بحد لانه لا يفيد الاعلى تقدير ان يعرف الورثة كلهم ولكن

لايعرف من هو العصبة منهم فيكون تعريفا بالحكم والمقصود معرفة العصبة حتى يعطى من ذكر ولايتصور ذلك الابعد معرفته (واقربهم) اى اقرب العصبات (جزء الميت وهو الابن وابنه وان) وصلية (سفل) لدخولهم فى اسم الولد وغيرهم محجوبون بهم لقوله تعالى يوصيكم الله فى اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين الى ان قال سبحانه ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد فجعل الاب صاحب فرض مع الولد ولم يجعل للولد الذكر سهما مقدرا فتعين الباقى له فدل ان الولد الذكر مقدم عليه بالعصوبة وابن الابن ابن لانه يقوم مقامه فيقدم عليه ايضا ومن حيث المعقول ان الانسان يؤثر ولد ولده على والده ويختار صرف ماله ولاجله يدخر ماله عادة على ماقال عليه السلام والولد مجبنة مبخلة وقضية ذلك ان لايجاوز بكسبه محل اختياره الا ان الشرع قدر الفرض لاصحاب الفروض بالنص فبقى الباقى على قضية الدليل وكان ينبغى ان يقدم البنت ايضا عليه وعلى كل عصبة الا ان الشارع ابطل اختياره بتعيين الفرض لها وجعل الباقى لاولى رجل (ثم اصله وهو الاب والجد الصحيح) اى اب الاب (وان) وصلية (علا) واوليهم به الاب لان الله تعالى شرط لارث الاخوة الكلالة وهو الذى لاولد له ولاوالد على مابيناه فعلم بذلك انهم لايرثون مع الاب ضرورة وعليه اجماع الامة فاذا كان ذلك مع الاخوة وهم اقرب الناس اليه بعد فروعه واصوله فما ظنك مع من هوا بعد منهم كالاعمام وغيرهم والجد يقوم مقامه فى الولاية عند عدم الاب ويقدم على الاخوة فيه فكذا فى الميراث وهو قول ابى بكر الصديق رضى الله عنه وبه اخذ الامام (ثم جزء ابيه وهم الاخوة لابوين او) الاخوة (لاب ثم بنوهم وان) وصلية (سفلوا) وانما قدموا على الاعمام لان الله تعالى جعل الارث فى الكلالة للاخوة عند عدم الولد والوالد فعلم بذلك انهم يقدمون على الاعمام وانما قدم الاخ لاب وام لانه اقوى لاتصاله من الجانبين (ثم جزء جده وهم الاعمام لابوين اولاب ثم بنوهم وان) وصلية (سفلوا ثم جزء جد ابيه كذلك) اى اولاهم بالميراث بعد الاخوة اعمام الميت لانهم جزء الجد فكانوا اقرب ثم اعمام الاب لكونهم اقرب بعد ذلك لانهم جزء الجد ثم اعمام الجد لانهم اقرب بعدهم ويقدم العم لاب وام على العم لاب ثم العم لاب على ولد العم لاب وام (والعصبة بغيره من فرضه النصف والثلثان) وهم اربع من النساء (يصرن عصبة باخوتهن ويقسم للذكر مثل حظ الانثيين) فالبنات بالابن وبنات الابن بابن الابن لقوله تعالى يوصيكم الله فى اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين والاخوات لاب وام باخيهن والاخوات لاب باخيهن لقوله

تعالى وان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين (ومن لا فرض لها) من الاناث (واخوها عصبة لاتصير عصبة به) اى باخيها (كالعمة) لاتصير عصبة بالعم الذى هو اخوها فالمال كله للعم دون العمة وبنت العم لاتصير عصبة بابن العم فالمال كله لابن العم دون بنت العم (وبنت الاخ) لاتصير عصبة باخيها فالمال كله لابن الاخ لان النص الوارد فى صيرورة الاناث بالذكور عصبة انما هو فى موضعين البنات بالبنين والاخوات بالاخوة والاناث فى كل منهما ذوات فروض فمن لا فرض له من الاناث لايتنا وله النص (والعصبة مع غيره الاخوات لابوين اولاب مع البنات وبنات الابن) والاولى ان يقول او بدل الواو تدبر لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم اجعلوا الاخوات مع البنات عصبة وانما سمين عصبة مع غيره ومع اخوتهن عصبة بغيره لان ذلك الغير وهو البنات شرط بصيرورتهن عصبة ولم يجعلهن عصبة بهن لان انفسهن ليست بعصبة فكيف يجعلن غيرهن عصبة بهن بخلاف ما اذا كن عصبة باخوتهن لان الاخوة بنفسهم عصبة فيصرن بهن عصبة تبعا (وذو الابوين من العصبات مقدم على ذى الاب) الواحد لان ذا القرابتين من العصبات اولى من ذى قرابة واحدة مع تساويهما فى الدرجة ذكرا كان ذو القرابتين اوانثى لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم ان اعيان بنى الام يتوارثون دون بنى العلات والمقصود من ذكر الام ههنا اظهار ما يرجح به بنو الاعيان على بنى العلات (حتى ان الاخت لابوين مع البنت) سواء كانت صلبية او بنت ابن وسواء كانت واحدة او اكثر (تحجب الاخ لاب) خلافا لابن عباس رضى الله تعالى عنهما فان الاخت لاتصير عصبة مع البنات عنده (وعصبة ولد الزنا وولد الملاعنة مولى امه) لانه لااب له والنبى صلى الله عليه وسلم الحق ولد الملاعنة بامه فصار كشخص لاقرابة له من جهة الاب فيرثه قرابة امه ويرثهم فلو ترك اما وبنتا والملاعن فللبنت النصف وللام السدس والباقى يرد عليهما كأن لم يكن له اب وكذا لو كان معهما زوج اوزوجة اخذ فرضه والباقى بينهما فرضا وردا ولو ترك امه واخاه لامه وابن الملاعن فلامه الثلث ولاخيه لامه السدس والباقى رد عليهما ولاشئ لابن الملاعن لانه لااخ له من جهة الاب ولو مات ولد ابن الملاعنة ورثه قوم ابيه وهم الاخوة ولايرثونه قوم جده وهم الاعمام واولادهم وبهذا تعرف بقية مسائله وهكذا ولد الزنا الا انهما يفترقان فى مسئلة واحدة وهو ان ولد الزنا يرث من توأمه ميراث اخ لام وولد الملاعنة يرث التوأم ميراث اخ لاب وام كما فى الاختيار (والاب مع البنت صاحب فرض وعصبة) كما مر ذكره (وآخر العصبات مولى العتاقة) لقوله

صلى الله تعالى عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب ولانه احياء معنى بالاعتاق فاشبه الولادة (ثم عصبته) اى عصبة مولى العتاقة (على الترتيب المذكور) بان يكون جزء المولى اولى وان سفل ثم اصوله ثم جزء ابيه ثم جزء جده يقدمون بقوة القرابة عند الاستواء وبعلو الدرجة عند التفاوت (فمن ترك ابا) الاولى بالالف لانه فى موضع النصب (مولاه وابن مولاه فكله لابن مولاه) لان الابن وابن الابن وان سفل مقدم على الاب وهذا عند الطرفين (وعند ابى يوسف للاب السدس والباقى للابن) هذا قوله الآخر وهو احدى الروايتين عن ابن مسعود وبه قال شريح والنخعى وقولهما هو اختيار سعيد بن المسيب ومذهب الشافعى والقول الاول لابى يوسف (ولو كان مكان الاب جد فكله للابن اتفاقا) وذلك لان الاب كالابن فى العصوبة بحسب الظاهر لان اتصال كل منهما بالميت بلا واسطة وكون الابن اقرب يحتاج الى تامل من ان زيادة قربه امر حكمى فوقع الخلاف هناك بخلاف الجد فانه بواسطة الاب فيكون الاب اقرب من الجد ويكون الابن اقرب منه بلا اشتباه فلا يزاحم الجد فى الولاء اما ابن الابن مع الجد فالاظهر ان يرث ابن الابن عند ابى يوسف ايضا لانه اشبه بالابن من الجد بالاب كما فى التساوى (ولو ترك جد مولاه واخ مولاه فالجد اولى) ويكون الولاء له كله عند الامام لانه اقرب تحقيقا فى العصوبة من الاخ على مذهبه (وعندهما يستويان) فيكون الولاء بينهما نصفين (والعصبة انما تأخذ ما فضل عن ذوى الفروض) كما مر (فلو تركت زوجا واخوة لام واخوة لابوين واما فالنصف للزوج والثلث للاخوة لام والسدس للام ولا يشاركهم الاخوة لابوين) لان المسئلة من ستة نصفه وهو ثلث للزوج وثلثه وهو اثنان للاخوة لام وسدسه وهو واحد للام وما فضل عن فرض ذوى الفروض شئ حتى يعطى للاخوة لابوين وهم عصبة وبه قال ابو بكر الصديق رضى الله عنه واخذ علماؤنا وقال عثمان رضى الله عنه تشترك الاولاد لاب وام مع الاولاد لام وبه اخذ مالك والشافعى وكان عمر رضى الله عنه يقول اولا مثل ما قال الصديق رضى الله عنه ثم رجع عنه الى قول عثمان رضى الله عنه وسبب رجوعه انه سئل عن هذه المسئلة فاجاب كما هو مذهبه فقام واحد من الاولاد لاب وام وقال يا امير المؤمنين ولئن سلم ان ابانا كان حمارا السنا من ام واحدة فاطرق رأسه مليا وقال صدق لانهم بنو ام واحدة فشركهم فى الثلث فلهذا سميت المسئلة حمارية ومشتركة وعثمانية وعن هذا قال (وتسمى المشتركة والحمارية)

فصل فى الحجب

وهو فى اللغة المنع وفى اصطلاح اهل هذا العلم منع شخص معين عن ميراثه اما كله ويسمى حجب الحرمان اوبعضه ويسمى حجب النقصان بوجود شخص آخر فنشرع فى تفصيل كل منهما فقال (حجب الحرمان منتف فى حق ستة) من الورثة (الابن والاب والبنت والام والزوج والزوجة) فان قلت قد يحجب هذا الفريق بالقتل والردة والرقية فلا يصح ان حجب الحرمان منتف فى هذا الفريق قلت الكلام فى الورثة وهم على ذلك التقدير ليسوا بورثة (ومن عداهم يحجب الابعد بالاقرب و) يحجب (ذو القرابة) الواحدة (بذى القرابتين ومن يدلى بشخص لا يرث معه) اى مع وجود ذلك الشخص كابن الابن مثلا فانه لا يرث مع الابن (الا اولاد الام حيث يدلون) اى ينتسبون الى الميت (بها) اى بالام (و) لكن (يرثون معها) اى مع الام قال الفاضل الشريف وتحقيق هذا الاصل ان الشخص المدلى به ان استحق جميع التركة لم يرث المدلى مع وجوده سواء اتحدا فى سبب الارث كما فى الاب والجد والابن وابنه اولم يتحدا كما فى الاب والاخوة والاخوات فان المدلى به لما احرز جميع المال لم يبق للمدلى شئ اصلا وان لم يستحق المدلى به الجميع فان اتحدا فى السبب كان الامر كذلك كما فى الام وام الام لان المدلى به لما اخذ نصيبه بذلك السبب لم يبق للمدلى من النصيب الذى يستحق بذلك السبب شئ وليس له نصيب آخر فصار محروما وان لم يتحدا فى السبب كما فى الام واولادها فان المدلى به حينئذ يأخذ نصيبه المستند الى سببه والمدلى يأخذ نصيبا آخر مستندا الى سبب آخر فلا حرمان فان قلت اليست الام تستحق جميع التركة اذا انفردت عن غيرها من اصحاب الفرائض والعصبات قلنا ليس ذلك الاستحقاق من جهة واحدة فانها تستحق بعض التركة بالفرض وبعضها بالرد والمراد استحقاق جميعها من جهة واحدة كما فى العصبة (وتحجب الاخوة) مطلقا حجب الحرمان (بالابن وابنه وان) وصلية (سفل وبالاب) لانهم كلالة وتوريث الكلالة مشروط بعدم الولد والوالد كما مر (والجد) عند الامام (وتحجب اولاد العلات) وهى الاخوة والاخوات لاب (بالاخ لابوين ايضا) لان ميراث الاخوة والاخوات لاب وام جار مجرى ميراث الاولاد الصلبية وان ميراث الاخوة والاخوات لاب كميراث اولاد الابن ذكورهم كذكورهم واناثهم كاناثهم فكما يحجب اولاد الابن بالابن كذلك يحجب الاخوة والاخوات لاب بالاخ لاب وام (وعندهما لا يحجب الاخوة لابوين اولاب بالجد بل يقاسمونه وهو) اى الجد (كاخ ان لم تنقصه

المقاسمة عن الـثالث عنـد عدم ذى الفرض) قال الفاضل الشريف ان الجد يشـبه الاب فى حجب اولاد الام وفى انه اذازوج الصغير او الصغيرة لم يكن لهمـا خيار اذا بلغا وفى انه لا ولاية للاخ فى النكاح مع قيام الجد فى ظاهر الرواية كالاب وفى انه لايقتل الجد بولد الولد وفى ان حليلة كل واحد من الجانـبين تحرم على الآخر وفى عدم قبول الشهادة وفى صحة استيلاد الجد مع عدم الاب وفى انه لايجوز دفع الزكوة اليه وفى انه يتصرف فى المال والنفس كالاب و يشـبه الاخ فى انه اذا كان للصغير جد وام كانت النفقة عليهمـا اثلاثا على اعتبار الميراث كما على الاخ والام وفى انه لايفرض النفقة على الجد المعسر كالاخ وفى عدم وجوب صدقة الفطر للصغير على الجد وفى ان الصغير لايصير مسلما باسـلام الجد وفى انه اذا اقر بنـافلة وابنه حى لايثبت النسب بمجرد اقراره وفى انه لايجر ولاء نافلتـه الى مواليه كل ذلك كما فى الاخ فلتعارض هذه الاحكام اختلف العلماء من الصحابة والتابعين وغيرهم رضى الله عنهم فى مسـئلة الجد مع الاخوة فجعل كالاب فى حجب الاخوة لام وكالاخ فى قسمة الميراث مادامت المقاسمة خيراله فان لم تكن خيراله اعطيناه ثلث المال لانه مع الاولاد يرث السدس ومع الاخوة يمنع عنه الثلث وايضا اذاقسم المال بين الابوين فللام الثلث وللاب الثلثـان وهما فى الدرجة الاولى ولما كان الجد والجدة فى الدرجة الثـانية وكان للجدة السـدس كان للجد ضعفه اعنى الثلث فاذا كان مع الجد اخ واحد اخذ بالمقاسمة نصف المال فهو خيرله من الثلث واذا كان معه اخوان فهما اى المقاسمة والثلث متسـاويان واذا كان معه ثلاثة اخوة فالثلث خيرله لان نصـيبه بالمقـاسمة حينئـذ ربع هذا اذا لم يكن معه صـاحب فرض (و) ان لم تنقصه المقاسمة (عن السدس عند وجوده) اى وجود ذى الفرض يعنى اذا كانت معه اختان لاب وام يجعل الجد كاخ و يكون المـال بينـه و بين الاختين للذكر مثـل حظ الانثيين وكذا اذا كانت معه ثلاث اخوات وان كانت معه اربع اخوات فالمقاسمة والثلث سـواء لانه اذا جعل كاخ يكون كاختـين و يكون عدد الاخوات ستة و يكون الاثنان من الستة له والاثنان ثلث الستة وتكون المقاسمة والثلث متساويتـين وان كانت معه خمس اخوات يكون الثلث خـيراله لانه ان جعل كـاخ يكون بمـنزلة اختـين فيكون عدد الاخوات سـبعا فيكون حصـته ناقصـة عن السـدس فيكون الثـلث خـيراله و باقى احكام المقـاسمة مذكور فى الفرائض وشروحها فليراجع (والفتوى على قول الامام) وهو سقوط الاخوة والاخوات بالجد لكن المختار فى زماننا ان يفتى بعد اخذ الجد السدس بالمصـالحة فى الباقى بين الاخوة والاخوات و بينه (فاذا استكمل

بنات الصلب الثلثين سقط بنات الابن) لان ارثهن كانت تكملة للثلثين و قد كمل بنتين فيسقطن اذ لاطريق لتوريثهن فرضا وتعصيبا (الا ان يكون بحذائهن اواسفل منهن ابن ابن فيعصب من بحذائه ومن فوقه) لكن (من ليست بذات سهم) فانه لايعصب ذات السهم كالبنات الصلبية مثلا (وتسقط من دونه) واذا كانت يعصب ابن الابن من بحذائه ومن هو فوقه يكون الباقي بينهم للذكر مثل حظ الانثيين سواء كان اخالهن اولم يكن وهذا مذهب علي وزيد بن ثابت رضي الله عنهما و به اخذ عامة العلماء وروي عن ابن مسعود رضي الله عنه انه قال يسقطن بنات الابن ببنتي الصلب وان كان معهن غلام ولايقاسمنه وان كانت البنت الصلبية واحدة وكان معهن غلام كان لبنات الابن اسوء الحالين من السدس والمقاسمة وايهما اقل اعطين ثم الاصل في بنات الابن عند عدم بنات الصلب ان اقربهن الى الميت ينزل منزلة البنت الصلبية والتي يليها في القرب منزلة بنات الابن وهكذا وان سفلن مثاله لو ترك ثلاث بنات ابن بعضهن اسفل من بعض وثلاث بنات ابن ابن آخر بعضهن اسفل من بعض وثلاث بنات ابن ابن ابن آخر بعضهن اسفل من بعض فالعليا من الفريق الاول لايوازيها احد فيكون لها النصف و الوسطى من الفريق الاول توازيها العليا من الفريق الثاني فيكون لهما السدس تكملة للثلثين ولاشيء للسفليات الا ان يكون مع واحدة منهن غلام فيعصبها ومن بحذائها ومن فوقها من لم يكن صاحبة فرض حتى لو كان الغلام مع السفلى من الفريق الاول عصبها وعصب الوسطى من الفريق الثاني والعليا من الفريق الثالث فسقط السفليات ولو كان الغلام مع السفلى من الفريق الثاني عصبها وعصب الوسطى منه والوسطى و العليا من الفريق الثالث والسفلى من الفريق الاول ولو كان مع السفلى من الفريق الثالث عصب الجميع غير اصحاب الفرائض (واذا استكمل الاخوات لابوين الثلثين سقط الاخوات لاب) لان ارثهن كانت تكملة للثلثين وقد كمل اختين فيسقطن (الا ان يكون معهن اخ لاب فيعصبهن) كما في بنات الابن (والجدات كلهن يسقطن بالام) سواء كانت ابويات اواميات (والابويات خاصة) اي دون الاميات (بالاب ايضا) اي كما يسقطن بالام وهو قول عثمان وزيد بن ثابت وعلي وغيرهم ونقل عن عمر وابن مسعود وابي موسى الاشعري رضي الله عنهم ان ام الاب ترث مع الاب واختاره شريح والحسن وابن سيرين لان ارث الجدات ليس باعتبار الادلاء لان الادلاء بالانثى لايوجب استحقاق شيء من فرضيتها بل استحقاقهن الارث باسم الجدة و يتأدى في هذا الاسم ام الام وام الاب وكما ان الاب لايحجب الاولى لايحجب الثانية ايضا وهو مردود بان مجرد الاسم

بدون القرابة لايوجب الاستحقاق والقرابة لاتثبت بدون اعتبار الادلاء فوجب الادلاء الايرى ان الجدة الفاسدة لاترث مع كونها جدة لعدم الادلاء (وكذا) تسقط الابويات (بالجد الام الاب) وان علت كام ام الاب وهكذا فانهـا ترث مع الجد لانهـا ليست من قبله (و) الجدة (القربى منهن) اى من الجدات (من اى جهة كانت) اى سواء كانت من قبل الام اومن قبل الاب (تحجب) الجدة (البعدى من اى جهة كانت) البعدى فيثبت الحجب ههنا فى اقسـام اربعة وهذا مذهب علمائنا رحمهم الله تعالى واحدى الروايتين عن زيد بن ثابت وفى روايـة اخرى عنه ان القربى ان كانت من قبل الاب والبعدى من قبل الام فهما سواء فيكون حجب القربى فى اقسـام ثلاثة فقط من تلك الاربعـة وقد عمل بهذه الرواية مالك والشـافعى فى الاصح من احد قوليه ودليل الطرفين بين فى شروح الفرائض فليطالع (وارثة كانت القربى) كام الاب عند عـدمه مع ام ام الام وكام الام عند عدمها مع ام ام الاب (او محجوبة كام الاب معه) اى مع وجود الاب (فانهـا تحجب ام ام الام) اعنى ان يخلف الميت الاب وام الاب وام ام الام يكون المال كله للاب عندنا لان البعدى محجوبة بالقربى والقربى محجوبة بالاب (واذا اجتمع جدتان احديهما ذات قرابة واحدة كام ام الاب و) الجدة (اخرى ذات قرابتين كام ام الاب وهى ايضـا ام ام الام فثلث السدس لذات القرابة) الواحدة (وثلثـاه للاخرى) اى التى هى ذات قرابتين عنـد محمد وينصف عند ابى يوسف باعتبـار الابدان وهو قول زفر وتوضيحها ان امرأة زوجت ابن ابنهـا بنت بنتهـا فولد بينهما ولد وهذه المرأة جدة لهذا الولد الذى مات من قبل ابيه لانهـا ام اب ابيه ومن قبل امه لانهـا ام ام امه فهى جـدة ذات قرابتين ثم نقول هناك امرأة اخرى قد كانت تزوج بنتها ابن المرأة الاولى فولد من بنت الاخرى ابن ابن الاولى الذى هو ابو الميت فهذه الاخرى ام ام اب الميت فهى ذات قرابة واحدة وهاتان المرأتان جدتان فى مرتبة واحدة فاذا اجتمعتا فقد وجدت ذات قرابتين مع ذات قرابة واحـدة ودليل الطرفين بين فى شروح الفرائض (والمحروم بالقتل ونحوه) كالردة والكفر (لايحجب) غيره اصلا لا حجب حرمان ولا حجب نقصـان وهو قول عامـة الصحابة رضوان الله تعـالى عليهم (والمحجوب حجب الحرمان يحجب) غيره (كام فى الجدة وكالاخوة والاخوات يحجبهم الاب ويحجبون الام من الثلث الى السدس) اما عند ابن مسعود فلان المحروم عنده حاجب مع انه ليس بوارث اصلا فكذا المحجوب بل هو اولى لانه اقرب وارث من وجه دون وجه واما عندنا فلان المحروم انمـا جعلنـاه بمنزلة المعدوم لانه ليس باهل للميراث من

كل وجه بخلاف المحجوب فانه اهل له من وجه دون وجه آخر فيجعل كالميت في حق استحقاق الارث حتى لا يرث شيئا ويجعل حيا في حق الحجب فهو وارث في حق محجوبه لولا حاجبه يحجبه

﴿ فصل في العول ﴾

هو في اللغة يستعمل بمعنى الميل لقوله تعالى ذلك ادنى ان لا تعولوا او بمعنى كثرة العيال او بمعنى الارتفاع ومن هذا المعنى الاخير اخذ المعنى المصطلح عليه وهو ان يزاد على المخرج من اجزائه اذا ضاق عن فرض وعن هذا قال (واذا زادت سهام) اصحاب الفريضة على (الفريضة فقد عالت) الفريضة واعلم ان مجموع المخارج سبعة لكن في الحقيقة تسعة ستة لكل فرض من الفروض الستة حال الانفراد وثلاثة لها حال الاختلاط الا ان مخرج الثلث والثلثين واحد ومخرج السدس واختلاط النصف ايضا واحد فسقط اثنان وبقي سبعة (واربعة) منها (مخارج لا تعول) اصلا لان الفروض المتعلقة بهذه المخارج اربعة اما ان بقي المال بها او بقي منه شئ زائد عليها (الاثنان والثلاثة والاربعة والثمانية) اما الاثنان فلان الخارج منه اما نصفان كزوج واخت لابوين اولاب او نصف ومابقي كزوج اواخت او بنت وعصبة فلا يتصور في مسئلة قط اجتماع واما الثلاثة فلان الخارج منها اما ثلث وثلثان كاختين لام واختين لابوين اولاب واما ثلث ومابقي كام اواختين لام وعصبة واما ثلثان ومابقي كبنتين اواختين وعصبة ولا يتصور في مسئلة قط اجتماع ثلثين وثلثين اوثلث وثلث وثلثين واما الاربعة فلان الخارج منها اما ربع ونصف ومابقي كزوج وبنت اوزوجة واخت وعصبة اوربع ومابقي كزوجة وعصبة اوربع وثلث مابقي ومابقي كزوجة وابوين ولا يتصور في مسئلة قط اجتماع ربعين ونصف واما الثمانية فلان الخارج منها اماثمن ومابقي كزوجة وابن او ثمن ونصف ومابقي كزوجة وبنت واخ لاب وام (وثلاثة) منها (تعول الستة الى عشرة وترا) اى من حيث الوتر واراد به السبعة والتسعة (وشفعا) اى من حيث الشفع واراد به الثمانية والعشرة مثال عولها الى سبعة زوج واختان لابوين اولاب اوزوج وجد واخت لاب ومثال عولها الى ثمانية زوج واخت من اب واختان وام اوزوج وثلاث اخوات متفرقات اوزوج وام واخت من اب اوزوج واختان من ابوين واخت من ام اوزوج وام واختان من اب ومثال عولها الى تسعة زوج وثلاث اخوات متفرقات وام اوزوج واختان من اب واختان من ام اوزوج واختان من الابوين وام واخت من ام ومثال عولها الى عشرة

زوج واختان من اب واختان من ام والام (واثنا عشر يعول الى سبعة عشر وترا لاشفعا) واراد به ثلاثة عشر وخمسة عشر وسبعة عشر مثال عولها الى ثلاثة عشر زوج و بنتان وام اوزوجة واختان لابوين واخت لام اوزوج و بنتا ابن وام اوجدة ومثال عولها الى خمسة عشر زوج و بنتان وابوان اوزوجة واختان لاب واختان لام ومثال عولها الى سبعة عشر اربع اخوات لام وثمانى اخوات لاب وجدتان وثلاث زوجات (واربعة وعشرون) تعول (الى سبعة وعشرين عولا واحدافى) المسئلة (المنبرية) وعند ابن مسعود تعول الى احد وثلاثين (وهى امرأة و بنتان وابوان) وجه تسميتها بالمنبرية مذكور فى شروح الفرائض (والرد ضد العول) اذبالعول ينتقص سهام ذوى الفروض و يزداد اصل المسئلة و بالرد يزداد السهام و ينتقض اصل المسئلة وذلك (بان لاتستغرق السهام الفريضة مع عدم) المستحق من (العصبة فيرد الباقى على ذوى السهام) الفريضة (سوى الزوجين بقدر سهامهم) وهو قول عامة الصحابة رضى الله تعالى عنهم اى جمهورهم و به اخذ اصحابنا وقال زيد بن ثابت لايرد الفاضل على ذوى الفروض بل هو لبيت المال وبه اخذ مالك والشافعى وقال عثمان رضى الله تعالى عنه يرد على الزوجين ايضا وعن ابن عباس رضى الله عنهما لايرد على ثلاثة الزوجين والجد (فان كان من يرد عليه جنسا واحدا فالمسئلة من عدد رؤسهم) كبنتين واختين فانهما لما استويا فى الاستحقاق صارا كابنين اواخوين فجعل المال بينهما نصفين واعطى لكل واحد منهما نصف التركة وكذا الجدتان والمراد بالاختين ان يكونا من جنس واحد بان يكون كلاهما لاب اولام اولابوين (وان كانوا) اى من يرد عليه (جنسين او اكثر) من جنسين (فمن عدد سهامهم) اى تجعل المسئلة من عدد سهامهم اى من مجموع سهام هؤلاء المجتمعين المأخوذ من مخرج المسئلة (فمن اثنين) اى تجعل المسئلة من اثنين (لو كان فى المسئلة سدسان) كجدة واخت لام لان المسئلة ح من ستة ولهما منها اثنان بالفريضة فاجعل الاثنين اصل المسئلة واقسم التركة عليهما نصفين (و) تجعل (من ثلثة لو) كان فيها (ثلث وسدس) كولدى الام مع الام اواخوين لام وجدة اوام واخ لام (و) تجعل (من اربعة لو) كان فيها (سدس ونصف) كبنت و بنات ابن اواخت لابوين واخوات لاب اواخت لاب واخ لام اوجدة مع واحد ممن يستحق النصف من الاناث (و) تجعل (من خمسة لو) كان فيها (ثلث ونصف) كاخت لاب وام اواختين لام وكاخت لاب وام وام (اوسدسان ونصف) كبنت و بنت ابن وام (اوثلثان وسدس) كبنتين وام فالمسئلة فى هذه الصور الثلاث ايضا من ستة

والسهام التى اخذت منها خمسة ففى الصورة الاولى للاخت من الابوين ثلثة اسهم وللاختين لام سهمان وقس عليها سائرها (فان كان مع الاول) الظ بالواو اى مع الجنس الواحد ممن يرد عليه (من لا يرد عليه) كالزوج اوالزوجة (اعط فرضه) اى فرض من لا يرد عليه (من اقل مخارجه واقسم الباقى) من ذلك المخرج (على) عدد (رؤسهم) اى رؤس من يرد عليه اعنى ذلك الجنس الواحد كما كنت تقسم جميع المال على عدد رؤسهم اذا انفردوا عمن لا يرد عليه (فان استقام) الباقى عليهم فبها ونعمت هى اذ لا حاجة الى ضرب (كزوج وثلاث بنات) للزوج الربع فاعطه من اقل مخارجه الربع وهو اربعة فاذا اخذ ربعه وهو سهم بقى ثلاثة اسهم فاستقام على رؤس البنات (والا) اى وان لم يستقم الباقى على عدد رؤس من يرد عليهم (فان وافق) رؤسهم ذلك الباقى فاحصل تصحح منه المسئلة (ضرب وفق رؤسهم) اى رؤس من يرد عليهم (فى مخرج فرض من لا يرد عليه كزوج وست بنات) فان اقل مخرج فرض من لا يرد عليه اربعة فاذا اعطيت الزوج واحدا منها بقى ثلثة فلا ينقسم على عدد رؤس البنات الست لكن بينهما موافقة بالثلث فيضرب وفق عدد رؤسهن وهو اثنان فى الاربعة تبلغ ثمانية فللزوج منها اثنان وللبنات ستة (وان باين) رؤسهم ذلك الباقى (ضرب كل رؤسهم) اى رؤس من يرد عليهم (فيه) اى فى مخرج فرض من لا يرد عليه (كزوج وخمس بنات) اصلها من اثنى عشر لاجتماع الربع والثلثين لكنها يرد مثلها الى الاربعة التى هى اقل مخارج فرض من لا يرد عليه فاذا اعطينا الزوج ههنا واحدا منها بقى ثلاثة فلا يستقيم على البنات الخمس بل بينها و بين عدد الرؤس مباينة فضربنا كل عدد رؤسهن فى مخرج فرض من لا يرد عليه اى الاربعة فحصل عشرون ومنها تصحح المسئلة كان للزوج واحد ضربناه فى المضروب الذى هو خمسة فكان خمسة فاعطيناه اياها وكان للبنات ثلثة ضربناها فى الخمس حصل خمسة عشر فلكل واحد منهن ثلاثة (وان كان مع الثانى) اى مع اجتماع جنسين ممن يرد عليه (من لا يرد عليه قسم الباقى) من مخرج فرض من لا يرد عليه (على) مسئلة (من يرد عليه فان استقام) فبها (كزوجة واربع جدات وست اخوات لام) فان اقل مخرج فرض من لا يرد عليه اربعة فاذا اخذت المرأة واحدا منها بقى ثلاثة وهى ههنا مستقيمة على مسئلة من يرد عليه لانها ايضا ثلاثة لان حق الاخوات لام الثلث وحق الجدات السدس فللاخوات سهمان وللجدات سهم واحد ففى هذه الصورة استقام الباقى على مسئلة من يرد عليه وتمامه فى شروح الفرائض فليطالع

(والا) اى وان لم يستقم مابقى من مخرج فرض من لايرد عليه على مسئلة من يرد عليه (ضرب جميع مسئلتهم) اى مسئلة من يرد عليه (فى مخرج فرض من لايرد عليه) فالمبلغ الحاصل من هذا الضرب مخرج فرض الفريقين (كاربع زوجات وتسع بنات وست جدات) فان اقل مخرج فرض من لايرد عليه وهو الثمانية فاذا دفعنا ثمنها الى الزوجات بقى سبعة فلايستقيم على الخمسة التى هى مسئلة من يرد عليه ههنا لان الفرضين ثلثان وسدس بل بينهما مباينة فيضرب جميع مسئلة من يرد عليه اعنى الخمسة فى مخرج فرض من لايرد عليه وهو الثمانية فيبلغ اربعين فهذا المبلغ مخرج فروض الفريقين فاذا اردت ان تعرف حصة كل فريق منهما من هذا المبلغ الذى هو مخرج فروضهما فطريقه ما اشار اليه بقوله (ثم يضرب سهام من لايرد عليه) من اقل مخارج فرضه (فى مسئلة من يرد عليه) فيكون الحاصل نصيب من لايرد عليه من المبلغ المذكور (و) يضرب (سهام من يرد عليه) من مسئلتهم (فيما بقى من مخرج فرض من لايرد عليه) فيكون الحاصل نصيب ذلك الفريق ممن يرد عليه وذلك لان حق كل فريق ممن يرد عليه انما هو فى الباقى من مخرج فرض من لايرد عليه بقدر سهامهم ففى المسئلة المذكورة للزوجات من ذلك المخرج واحد فاذا ضربنا فى الخمسة التى هى مسئلة من يرد عليه كان الحاصل خمسة فهى حق الزوجات من اربعين وللبنات اربعة فاذا ضربناها فيما بقى من مخرج فرض من لايرد عليه وهو سبعة بلغ ثمانية وعشرين فهى لهن من الاربعين وللجدات واحد فاذا ضربناه فى السبعة كان سبعة فهى للجدات فقد استقام بهذا العمل فرض من لايرد عليه وفرض كل فريق ممن يرد عليه وان انكسر السهام المأخوذة من مخرج فروض الفريقين على البعض او الجميع (وتصحح) المسئلة (بالاصول الآتية)

فصل

فى ذوى الارحام (ذوالرحم) هو فى اللغة بمعنى القرابة مطلقا وفى الشريعة (قريب ليس بعصبة ولاذى سهم) مقدر فى كتاب الله تعالى اوسنة رسوله اواجماع الامة (ويرث) ذوالرحم (كايرث العصبة عند عدم ذى السهم) وعدم العصبة الا اذا كان ذو السهم احد الزوجين فيرث معه بعد اخذ فرضه لعدم الرد عليه وانما قيدنا بعدم العصبة لانه لايكفى بعدم ذى السهم فعلى هذا لوقيده لكان اصوب (فمن انفرد منهم) ليس بصلة انفرد بل بيان لمن (احرز جميع المال) كان عامة الصحابة اى اكثرهم رضى الله عنهم يرون توريث ذوى الارحام وهو مذهبنا وقال زيد بن ثابت لاميراث لهم ويوضع المال فى بيت المال

وبه مالك والشافعى لنا قوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض اى اولى بميراث بعض بالنقل وقال صلى الله عليه وسلم الخال وارث من لاوارث له وروى ان ثابت بن الدحداح مات فقال رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم لعاصم ابن عدى هل تعرفون له فيكم نسبا فقال انه كان فينا غريبا فلا نعرف له الا ابن اخت هو ابو لبابة بن عبد المنذر فجعل رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم ميراثه له ولان اصل القرابة سبب لاستحقاق الارث على مابيناه الا ان هذه القرابة ابعد من سائر القرابات فتأخرت عنها والمال متى كان له مستحق لايجوز صرفه الى بيت المال وكثير من اصحاب الشافعى منهم ابن شريح خالفوه وذهبوا الى توريث ذوى الارحام وهو اختيار فقهائهم للفتوى فى زماننا لفساد بيت المال وصرفه فى غير المصارف كما فى التبيين (ويرجحون بقرب الدرجة ثم بقوة القرابة) لان ارثهم بطريق العصوبة فيقدم الاقرب على الابعد ومن له قوة القرابة على غيره فى كل صنف منهم كما فى العصبات (ثم بكون الاصل وارثا عند اتحاد الجهة) اذا استووا فى الدرجة فمن يدلى بوارث اولى من كل صنف كبنت بنت الابن اولى من ابن بنت البنت وابن بنت الابن اولى من ابن بنت البنت لان الوارث اقوى قرابة من غير الوارث بدليل تقدمه عليه فى استحقاق الارث والمدلى بجهتين اولى كبنى الاعيان مع بنى العلات (وان اختلفت) جهة القرابة (فلقرابة الاب الثلثان ولقرابة الام الثلث) لان قرابة الاب اقوى فيكون لهم الثلثان والثلث لقرابة الام مثاله ابو ام الاب وابو اب الام وهذا لايتصور فى الفروع وانما يتصور فى الاصول والعمات والاخوال (ثم يعتبر الترجيح فى كل فريق كما لو انفرد) يعنى اذا كان لابى الميت جدان من جهتين وكذلك لامه فلقوم الاب الثلثان ولقوم الام الثلث ثم ما اصاب قوم الاب ثلثاه لقرابته من جهة ابيه وثلثه لقرابته من جهة امه وكذلك ما اصاب قوم الام كما لو انفرد ايضا مثاله ابو ام ابى الاب وابو ابى ام الاب وابو ام ابى الام وابو ابى ام الام (وعند الاستواء فى القرب والقوة والجهة للذكر مثل حظ الانثيين) لان الاصل فى المواريث تفضيل الذكر على الانثى وانما ترك هذا الاصل فى الاخوة والاخوات لام للنص على خلاف القياس (وتعتبر ابدان الفروع) المتساوية الدرجات (ان اتفقت صفة الاصول) فى الذكورة والانوثة كابن البنت وبنت البنت لادلاء كلهم بوارث (وكذا ان اختلفت) صفة الاصول (عند ابى يوسف) وحسن بن زياد كبنت ابن البنت وابن بنت البنت لخلوهم عن ولد الوارث فان كانت الفروع ذكورا فقط اواناثا فقط تساووا فى القسمة وان كانوا مختلفين فللذكر مثل حظ الانثيين ولاتعتبر فى القسمة صفات اصولهم اصلا وهو رواية شاذة عن الامام

(وعند محمد يؤخذ الصفة من الاصول والعدد من الفروع ويقسم) المال (على اول بطن وقع فيه الاختلاف) اي اختلاف الاصول بالذكورة والانوثة للذكر مثل حظ الانثيين (ثم يجعل الذكور) من ذلك البطن (على حدة و) يجعل (الاناث على حدة) بعد القسمة على الذكور والاناث (فيقسم نصيب

كل طائفة على اول بطن اختلف كذلك ان كان) فيما (بينهما اختلاف والا) اى وان لم يكن بينهما اختلاف فى الذكورة والانوثة بان يكون جميع ماتوسط بينهما ذكورا فقط او اناثا فقط (دفع حصة كل اصل الى فرعه) وفى السراجية وشرحه وعند محمد تعتبر ابدان الفروع ان اتفقت صفة الاصول موافقا لهما وتعتبر الاصول ان اختلف صفاتهم ويعطى الفروع ميراث الاصول مخالفا لهما كما اذا ترك ابن بنت وبنت بنت عندهما المال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين باعتبار الابدان اى ابدان الفروع وصفاتهم فثلث المال لابن البنت وثلثه لبنت البنت وعند محمد يكون المال بينهما كذلك لان صفة الاصول متفقة ولو ترك بنت ابن بنت وابن بنت بنت عندهما المال بين الفروع اثلاثا باعتبار الابدان ثلثاه للذكر وثلثه للانثى وعند محمد المال بين الاصول اعنى فى البطن الثانى اثلاثا ثلثاه لبنت ابن البنت نصيب ابيها وثلثه لابن بنت البنت نصيب امه وكذلك عند محمد اذا كان فى اولاد البنات بطون مختلفة يقسم المال على اول بطن اختلف فى الاصول ثم تجعل الذكور طائفة والاناث طائفة بعد القسمة فما اصاب للذكور من اول بطن وقع فيه الاختلاف يجمع ويعطى فروعهم بحسب صفاتهم ان لم يكن فيما بينهم وبين فروعهم من الاصول اختلاف فى الذكورة والانوثة بان يكون جميع ماتوسط بينهما ذكورا فقط او اناثا فقط وان كان فيما بينهما من الاصول اختلاف يجمع مااصاب الذكور وتقسم على الخلاف الذى وقع فى اولادهم ويجعل الذكور ههنا ايضا طائفة والاناث طائفة على قياس ماسبق وكذلك ما اصاب الاناث يعطى فروعهن ان لم تختلف الاصول التى بينهما وان اختلف يجمع ما اصاب لهن ويقسم على الخلاف الذى وقع فى اولادهن وهكذا يعمل الى ان ينتهى وتمامه فيهما ان شئت فليراجع (وبقول محمد) وهو اشهر الروايتين عن الامام والقول الاول لابى يوسف (يفتى) وذكر بعضهم ان مشايخ بخارى اخذوا بقول ابى يوسف فى مسائل ذوى الارحام والحيض لانه ايسر على المفتى (ويقدم

جزء الميت) اى وترتيبهم كترتيب العصبات فيقدم فروعه (وهم اولاد البنات

واولاد بنات الابن وان سفل ثم) يقدم (اصله) اى اصل الميت (وهم الاجداد الفاسدون) وان علوا كابى ام الميت وابى ابى امه (والجدات الفاسدات) وان علون كام ابى ام الميت وام ام ابى امه (ثم) يقدم (جزء ابيه وهم اولاد الاخوات) وان سفلوا سواء كانت تلك الاولاد ذكورا او اناثا وسواء كانت الاخوات لاب وام اولاب اولام (و بنوا الاخوة لام و بنات الاخوة وان سفلن) سواء كانت الاخوة من الابوين او من احدهما (ثم) يقدم (جزء جده وهم العمات والخالات والاخوال والاعمام لام) فانهم اخوة لابيه من امه واعتبر فيهم كونهم لام لان العم من الابوين اومن الاب عصبة (وبنات الاعمام) مطلقا (ثم اولاد هؤلاء ثم جزء جد ابيه اوامه وهم عمات الاب اوالام وخالاتهما واخوالهما واعمام الاب لام واعمام الام وبنات اعمامهما واولاد اعمام الام) فان جميعها من ذوى الارحام وروى عن الامام ان اقرب الاصناف الى الميت واقدمهم فى الوراثة عنه هو الصنف الثانى وهم الساقطون من الاجداد والجدات وان علون ثم الصنف الاول وان سفلوا ثم الثالث وان نزلوا ثم الرابع وان بعدوا وروى ابو يوسف والحسن بن زياد عنه وابن سماعة عن محمد عنه ان اقرب الاصناف الاول ثم الثانى ثم الثالث ثم الرابع وهو المأخوذ للفتوى وعندهما الثالث وهم اولاد الاخوات وبنات الاخوة وبنوا الاخوة لام مقدم على الجد ابى الام وتمامه بين فى شروح الفرائض فليطالع

﴿ فصل ﴾

(الغرقى) جمع الغريق (والهدمى) اى الطائفة التى هدم عليهم جدار اوغيره وكذلك الحرقى (اذا لم يعلم ايهم مات اولا) كما اذا غرقوا فى السفينة معا اووقعوا فى النار دفعة اوسقط عليهم جدارا وسقف بيت عياذا به تعالى اوقتلوا فى المعركة ولم يعلم التقدم والتأخر فى موتهم جعلوا كأنهم ماتوا معا (يقسم مال كل على ورثته الاحياء ولا يرث بعض) هؤلاء (الاموات من بعض) هذا هو المختار عندنا لانه قول ابى بكر وعمر رضى الله عنهما وعلى الرواية المشهورة واحدى الروايتين عن ابن مسعود ووجهه ان الارث يبتنى على التيقن بسبب الاستحقاق وشرطه وهو حيوة الوارث بعد الموت فلما لم يتيقن بوجود الشرط لم يثبت الارث بالشك وفى احدى الروايتين عن على وابن مسعود رضى الله عنهما وبه اخذ ابن ابى ليلى يرث بعضهم من بعض الامن ورث كل واحد منهم من مال صاحبه فانه لا يرث منه صورته رجل وابنه انهدم الحائط عليهما ولم يدر ايهما مات اولا ولكل منهما امرأة وابن وترك كل منهما ستة عشر دينارا فعلى

قول الجمهور تركته بين زوجته وابنه الحي وكذا تركة الابن ان لم يكن زوجة ابنه امه وان كانت فيزادلها الثلث وعلى القول الاخير للزوجة من تركة الاب الثمن والباقي بين ابنه الحي والميت بالسوية فيصيب الميت سبعة دنانير واما تركة الابن فلزوجته منها الثمن ولابيه السدس ولزوجة ابيه ان كانت امه ايضا السدس والباقي للابن في الحالين فاصاب اباه من تركته وهو دينار وثلثا دينار يقسم بين ورثة ابيه سوى الابن الميت وما اصابه من تركة ابيه وهو سبعة دنانير يقسم بين ورثته سوى الاب الميت (وان اجتمع ابناعم احدهما اخ لام اعطى السدس له فرضا ثم اقتسما) اى ابنا العم (الباقي عصوبة) كامر (ولا يرث المجوسي بالانكحة الباطلة) اى اذا تزوج المجوسي امه او غيرها من المحارم لا يرث منها بالنكاح (وان اجتمع فيه) اى في المجوسي (قرابتان لو انفرد) والظاهر لو انفردتا (في شخصين ورثا) اى الشخصان (بهما) اى بالقرابتين (ورث) ذلك المجوسي الذي اجتمع فيه قرابتان (بهما) اى بالقرابتين (وان كانت احديهما) اى احدى القرابتين (تحجب الاخرى يرث بالحاجبة) يعني لو اجتمعت في المجوسي قرابتان لو تفرقتا في شخصين حجبت احديهما الاخرى يرث بالحاجبة وان لم تحجب يرث بالقرابتين (ويوقف للحمل نصيب ابن واحد وهو المختار) وعليه الفتوى وذلك لان من المعتاد الغالب ان لا تلد المرأة في بطن واحد الاولدا واحدا فيبنى عليه الحكم مالم يعلم خلافه (وعند ابي يوسف نصيب ابنين) وفي السراجية وعند محمد يوقف نصيب ثلاثة بنين رواه ليث ابن سعد لكن هذه رواية ليست موجودة في شروح الاصل ولا في عامة الروايات وفي رواية اخرى عنه نصيب ابنين وهو قول الحسن واحدى الروايتين عن ابي يوسف رواه عنه هشام وروى الخصاف عن ابي يوسف نصيب ابن واحد كما في المتن فعلى هذا لو قال وعن ابي يوسف لكان اولى وعند الامام نصيب اربعة بنين (وان خرج اكثره) اى اكثر الحمل (حيا ومات ورث) لان الاكثر له حكم الكل فكانه خرج كله حيا (وان) خرج (اقله) وظهر منه شئ من هذه العلامات ثم مات (فلا) يرث لانه لما خرج اكثره ميتا فكانه خرج كله ميتا وان خرج مستقيما وهو ان يخرج رأسه اولا فالمعتبر صدره يعني اذا خرج صدره كله وان خرج منكوسا وهو ان يخرج رجله اولا فالمعتبر سرته وان لم تخرج السرة لم يرث

فصل في المناسخة

(المناسخة) هي مفاعلة من النسخ بمعنى النقل والتحويل والمراد بها ههنا

ان ينقل نصيب بعض الورثة بموته قبل القسمة الى من يرث منه وعن هذا قال (ان يموت بعض الورثة قبل القسمة) فان كان ورثة الميت الثانى من صداد ورثة الميت الاول ولم يقع فى القسمة تغيير فانه يقسم المال ح قسمة واحدة اذلا فائدة فى تكرارها كما اذا ترك بنين و بنات من امرأة واحدة ثم مات احدى البنات ولاوارث لها سوى تلك الاخوة والاخوات لاب وام فانه يقسم مجموع التركة بين الباقين للذكر مثل حظ الانثيين قسمة واحدة كما كانت يقسم بين الجميع كذلك فكأن الميت الثانى لم يكن فى البين وان وقع تغير فى القسمة بين الباقين كما اذا ترك ابنا من امرأة وثلاث بنات من امرأة اخرى ثم ماتت احدى البنات وخلفت هؤلاء اعنى الاخ لاب والاختين من الابوين اوكان ورثة الميت الثانى غير ورثة الميت الاول كزوج وبنت وام فات الزوج قبل القسمة عن امرأة وابوين ثم ماتت البنت قبلها ايضا عن ابنين و بنت وجدة هى ام الامرأة التى ماتت اولا ثم ماتت هذه الجدة عن زوج واخوين (فصحح المسئلة الاولى) ويعطى سهام كل وارث من هذا التصحيح (ثم) صحح المسئله (الثانية) وتنظر بين مافى يده من التصحيح الاول وبين التصحيح الثانى فى ثلاثة احوال هى المماثلة والموافقة والمباينة (فان استقام) بسبب المماثلة (نصيب الميت الثانى من فريضة الميت الاول (على مسئلته) فيها ونعمت لان التصحيح الاول ههنا بمنزلة اصل المسئلة هناك والتصحيح الثانى ههنا بمنزلة رؤس المقسوم عليه ثمه ومافى يد الميت الثانى بمنزلة سهامهم من اصل المسئلة ففى صورة الاستقامة تصح المسئلتان من التصحيح الاول كما اذامات الزوج فى المثال المذكور عن امرأة وابوين لان اصلها اثنا عشر فاذا اخذ الزوج منها ثلاثة والبنت ستة والام اثنين بقى منها واحد يجب ردها على البنت والام بقدر سهامهما فاذا رددنا المسئلة الى اقل مخارج فرض من لايرد عليه صارت اربعة فاذا اخذ الزوج منها واحدا بقى ثلاثة فلا يستقيم على الاربعة التى هى سهام البنت والام بل بينهما مباينة فيضرب هذه السهام التى هى بمنزلة الرؤس فى ذلك الاقل فيحصل ستة عشر فللزوج منها اربعة وللبنت تسعة وللام ثلاثة ثم تلك الاربعة التى هى للزوج منقسمة على ورثته المذكورين فلزوجته واحد منها ولامه ثلث مابقى وهو ايضا واحد ولابيه اثنان فاستقام مافى يد الزوج من التصحيح الاول على التصحيح الثانى وصحت المسئلتان من التصحيح الاول (والا) اى وان لم يستقم نصيب الميت الثانى من فريضة الميت الاول على مسئلته (فاضرب وفق التصحيح الثانى فى) جميع (التصحيح الاول ان وافق نصيبه مسئلته) لان فى التصحيح اذاانكسر سهام طائفة واحدة عليهم وكان بين سهامهم ورؤ سهم

موافقة يضرب وفق عددالرؤس فى اصل المسئلة فكذاهنا يضرب وفق التصحيح الثانى الذى هو بمنزلة الرؤس هناك فى التصحيح الاول القائم هنا مقام اصل المسئلة فيحصل به ماتصح منه المسئلتان كما اذاماتت البنت ايضا فى ذلك المثال وخلفت كما ذكر ابنين و بنتا وجدة فان ما فى يدها فى التصحيح الاول تسعة وتصحيح مسئلتها ستة و بينهما موافقة بالثلث فيضرب ثلث الستة وهو اثنان فى ستة عشر فالمبلغ وهو اثنان وثلاثون مخرج المسئلتين (والا) اى وان لم يوافق نصيبه مسئلته (فاضرب) كل التصحيح (الثانى فى) كل التصحيح (الاول) على قياس مافى باب التصحيح على تقدير المباينة بين رؤس الطائفة و بين سهامهم فالحاصل من الضرب مخرج المسئلتين كما اذا ماتت فى ذلك المثال الجدة التى هى ام المرأة المتوفاة اولا وخلفت زوجا واخوين فان ما فى يدها تسعة عرفت آنفا و تصحيح مسئلتها اربعة و بين التسعة والاربعة مباينة فاضرب الاربعة فى التصحيح السابق اعنى اثنين وثلثين يبلغ مائة وثمانية وعشرين فهى مخرج المسئلتين وتمامه فى السيد الشريف (ثم اضرب سهام ورثة الميت الاول) من تصحيح مسئلته (فى وفق التصحيح الثانى) على تقدير الموافقة (اوفى كله) على تقدير المباينة فيكون الحاصل من ضرب سهام كل وارث منهم فى هذا المضروب نصيبه من المبلغ المذكور والسبب ان التصحيح الثانى ووفقه هو بمنزلة المضروب فى اصل المسئلة ثمه (واضرب سهام ورثة الميت الثانى) من تصحيح مسئلته (فى وفق ما فى يده) على تقدير الموافقة (او فى كله) على تقدير المباينة (فاخرج فهو) اى الحاصل من هذا الضرب (نصيب كل فريق) لان حق ورثة الميت الثانى انما هو فيما فى يده فصار سهام كل واحد منهم مضروبة فيه (فان مات ثالث) من الورثة قبل القسمة (فاجعل المبلغ) الذى صح منه المسئلة الاولى والثانية (مكان الاول والثالث مكان الثانى) فى العمل كأن الميت الاول والثانى صارا ميتا واحدا فيصير الميت الثالث ميتا ثانيا (وكذا تفعل ان مات رابع او خامس وهلم جرا) الى غير النهاية فانه لما صار تصحيح الميت الاول والثانى الثالث تصحيحا واحدا صاروا كلهم ميتا واحدا فيصير الميت الرابع ميتا ثانيا وكذا الحال اذا صار تصحيح اربعة من الموتى تصحيحا واحدا كانوا بمنزلة ميت واحد فصار الخامس ميتا ثانيا وهكذا الى ما لا يتناهى وتفصيل هذا الباب فى شرح الفرائض للسيد فليراجع

(حساب الفرائض)

(الفروض) الستة المذكورة فى كتاب الله تعالى (نوعان) على التصعيف ان بدأت بالاكثر او على التضعيف ان بدأت بالاقل فثلاثة منها نوع وثلاثة اخرى نوع

آخر(الاول النصف ونصفه)اى نصف النصف (وهوالربع ونصفه)اى نصف الربع (وهو الثمن و)النوع (الثانى الثلثان ونصفهما) اى نصف الثلثين وهو الثلث (ونصف نصفهما) اى نصف نصف الثلثين (وهو السدس فالنصف يخرج من اثنين والربع من اربعة والثمن من ثمانية والثلثان والثلث من ثلاثة والسدس من ستة) فان لمخرج كل فرض من هذه الفروض سمية من الاعداد اذا لربع سمية الاربعة وكذا الباقى الاالنصف فانه من اثنين والاثنان ليس سميا للنصف فان كان فى المسئلة النصف فقط كما فيمن خلف بنتا واخالاب وام فهى من اثنين وان كان فيها الربع وحده كما فيمن تركت الزوج مع الابن كانت من اربعة وان كان فيها الثمن فقط كما فيمن ترك الزوجة والابن كانت من ثمانية وان كان فيها الثلث وحده كما اذا ترك اماواخالاب وام وان كان فيها الثلثان فقط كما اذا ترك بنتين وعما فهى من ثلثة وان كان فيها السدس فقط كما اذا ترك اباوابنا فهى من ستة (وان اختلط النصف) من النوع الاول(بالنوع الثانى كله)اى بالثلثين والثلث والسدس كما اذا تركت زوجا واما واختين لاب وام واختين لام (او) اختلط (ببعضه) اى ببعض النوع الثانى كما اذا اختلط النصف بالثلث فقط اوبالثلثين فقط او بالسدس وحده او بالثلث والثلثين معا او بالثلثين والسدس معا او بالثلث والسدس معا (فمن ستة) اى فالمسئله من ستة لان مخرج النصف اثنان ومخرج الثلث والثلثين ثلاثة وكلاهما داخلان فى الستة فهى مخرج النصف المختلط بفروض النوع الثانى على جميع الوجوه المذكورة وايضا بين مخرج النصف والثلث مباينة فاذا ضرب احدهما فى الآخر حصل ستة فهى مخرج لهما (او) اختلط (الربع) من النوع الاول بكل الثانى كما اذا خلف زوجة واما واختين لاب وام واختين لام او ببعضه كما اذا اختلط بالثلث فقط او بالثلثين فقط او بالسدس فقط او بالثلثين والسدس معا او بالثلثين والثلث او بالثلث والسدس معا (فمن اثنى عشر) فالمسئلة من اثنى عشر لان مخرج اقل جزء من النوع الثانى هو الستة وقد دخل فيها مخرج الثلث والثلثين فاكتفينا بها مخرجا للكل (او) اختلط (الثمن) من النوع الاول بكل الثانى هذا انما يتصور على رأى ابن مسعود رضى الله تعالى عنه واما على رأينا فهو غير متصور كما قرر فى موضعه او ببعضه كما اذا اختلط بالثلثين والسدس او بالثلث والسدس على رأيه او بالثلثين والثلث على رأيه اوبالثلثين فقط او بالسدس فقطاو بالثلث فقط (فمن اربعة وعشرين) اى فالمسئلة من اربعة وعشرين لان مخرج اقل جزء من النوع الثانى هو الستة التى دخل فيها مخرج الثلث والثلثين فوجب الاكتفاء بها لما عرفت و بين الستة ومخرج الثمن اعنى الثمانية موافقة بالنصف فضربنا نصف احديهما فى كل

الاخرى فحصل اربعة وعشرون وايضا بين مخرج الثلث والثلثين ومخرج الثمن مباينة فضربنا الكل فى الكل فصار الحاصل ايضا اربعة وعشرين فمنها تخرج الفروض المختلطة بالثمن (واذا انكسر سهام فريق عليهم) اى على الورثة من ذلك الفريق (وباينت سهامهم) اى سهام من انكسر عليهم (عددهم فاضرب عددهم) اى كل عدد رؤس من انكسر عليهم السهام (فى اصل المسئلة) ان لم تكن عائلة وفى اصلها مع عولها ان كانت عائلة (كامرأة واخوين) اصل المسئلة اربعة فاذا اخذت المرأة منها واحدا بقى ثلاثة ولا يستقيم على الاخوين وبينهما مباينة فضربنا الاثنين فى اصل المسئلة فحصل ثمانية فللمرأة من اصل المسئلة واحد ضربناها فى الاثنين فلم يتغير فالاثنان لها وللاخوين من اصل المسئلة ثلاثة ضربناها فى الاثنين فحصل ستة فلكل واحد ثلاثة منها (وان وافق سهامهم عددهم فاضرب وفق عددهم) اى عدد رؤس من انكسر عليهم السهام (فى اصل المسئلة) ان لم تكن عائلة وفى اصلها مع عولها ان كانت عائلة (كامرأة وستة اخوة) اصل المسئلة اربعة واذا اخذت المرأة واحدا منها يبقى ثلاثة ولا تستقيم على الستة وبينهما موافقة بالثلث فضربنا وفق عددهم وهو اثنان فى اصل المسئلة وهو اربعة فيكون ثمانية كان للزوج واحد فضرب فى اثنين فيكون اثنين وللاخوة ثلثة فضرب فى اثنين فيكون ستة لكل واحد منهم سهم (فاذا انكسر سهام فريقين او اكثر وتماثلت اعداد رؤسهم فاضرب احد الاعداد فى اصل المسئلة) حتى يحصل ما تصح منه المسئلة على جميع الفرق (كثلاث بنات وثلاثة اعمام) اصل المسئلة ثلاثة اثنان منها للبنات وواحد للاعمام (فينكسر على الفريقين) لكن بين اعداد رؤس البنات واعداد رؤس الاعمام تماثل فيضرب عدد احدهما وهو ثلاثة فى اصل المسئلة فيكون تسعة الثلثان منها ستة وهى حق البنات الثلاث والباقى وهو ثلاثة للاعمام (وان تداخلت الاعداد فاضرب اكثرها) اى اكثر الاعداد (فى اصل المسئلة) حتى يحصل ما تصح منه المسئلة (كاربع زوجات وثلاث جدات واثنى عشر عما) اصلها من اثنى عشر للزوجات الربع وهو ثلاثة ولا تستقيم عليها وللجدات السدس وهو سهمان ولا يستقيم عليها ايضا وللاعمام الباقى وهو سبعة ولا موافقة بين الاعداد والسهام لكن الاعداد متداخلة فيضرب اكثرها وهو اثنى عشر فى اصل المسئلة وهو اثنى عشر فيكون مائة واربعة واربعين كان للزوجات ثلاثة فيضرب فى اثنى عشر فيكون ستة وثلثين وللجدات سهمان فيضربان فى اثنى عشر فيكون اربعة وعشرين وللاعمام سبعة فيضرب فى اثنى عشر فيكون اربعة وثمانين (وان وافق بعض الاعداد بعضا فاضرب وفق

احدها في جميع الثاني و) اضرب (المبلغ في وفق الثالث ان وافق والا) اى وان لم يوافق (ففي جميعه و) اضرب (المبلغ في الرابع كذلك) اى في وفقه ان وافق والا ففي جميعه (ثم) اضرب (الحاصل في اصل المسئلة) حتى (يحصل ماتصح) منه المسئلة (كاربع زوجات وخمس عشرة جدة وثماني عشرة بنتا وستة اعمام) اصلها من اربعة وعشرين للزوجات الثمن وهو ثلاثة ولا تستقيم عليها ولا توافق وللجدات السدس وهو اربعة ولا تستقيم عليها ولا توافق وللبنات الثلثان وهو ستة عشر ولا تستقيم عليهن و بين رؤسهن وسهامهن موافقة بالنصف فرجع الى النصف وهو تسعة و بقي للاعمام سهم فعنا اربعة وخمسة عشر وتسعة وستة ثم طلبنا بينهما التوافق فوجدنا الاربعة موافقة للستة بالنصف فرددنا احديهما الى نصفها وضربناه في الاخرى صار المبلغ اثني عشر وهو موافق للتسعة بالثلث فضربنا ثلث احديهما في جميع الاخرى صار المبلغ ستة وثلثين و بين هذا المبلغ الثاني و بين خمسة عشر موافقة بالثلث ايضا فضربنا ثلث خمسة عشر وهو خمسة في ستة وثلثين فحصل مائة وثمانون ثم ضربنا هذا المبلغ الثالث في اصل المسئلة اعني اربعة وعشرين فصار الحاصل اربعة آلاف وثلاثمائة وعشرين وتمامه في شروح الفرائض فليطالع (وان تباينت الاعداد فاضرب كل احدها في جميع الثاني ثم المبلغ في الثالث ثم المبلغ في الرابع ثم) اضرب (الحاصل في اصل المسئلة) حتى يحصل ماتصح منه المسئلة (كامرأتين وعشر بنات وست جدات وسبعة اعمام) اصلها ايضا اربعة وعشرون للزوجين الثمن وهو ثلاثة لا تستقيم عليهما و بين رؤسهن وسهامهن مباينة فاخذنا عدد رؤسهن وللجدات السدس وهو اربعة لا تستقيم عليهن وبين اعداد رؤسهن وسهامهن موافقة بالنصف فاخذنا نصف عدد رؤسهن وللبنات الثلثان وهو ستة عشر لا تستقيم عليهن و بين رؤسهن وسهامهن موافقة بالنصف فاخذنا نصف عدد رؤسهن وللاعمام الباقي وهو واحد لا يستقيم عليهم وبينه و بين عدد رؤسهم مباينة فاخذنا عدد رؤسهم فصار معنا من الاعداد المأخوذة للرؤس اثنان وثلاثة وخمسة وسبعة وهذه كلها اعداد متباينة فضربنا الاثنين في الثلاثة صارت ستة ثم ضربنا هذا المبلغ في خمسة فصار ثلثين ثم ضربنا الثلاثين في سبعة فحصل مائتان وعشرة ثم ضربنا هذا المبلغ في اصل المسئلة وهو اربعة وعشرون فصار المجموع خمسة آلاف واربعين فنها تستقيم المسئلة على جميع الطوائف هذا اذا لم تكن المسئلة عائلة (و) اما (ان كانت المسئلة عائلة فاضرب ماضربته في الاصل فيه مع العول في جميع ذلك) على ماقررناه في المسائل المذكورة

فصل

فصل

(وتداخل العددين يعرف بان يطرح الاقل من الاكثر مرتين او اكثر فيفني) اي يفني الاقل الاكثر كالثلاثة والستة (او تقسم الاكثر على الاقل فيقسم قسمة صحيحة) اي قسمة لا كسر فيها كالستة فانها منقسمة على الثلاثة وعلى الاثنين ايضا بلا كسر فيصيب من الستة كل واحد من الثلاثة اثنان ومن اثنين ثلاثة وقس على ذلك سائر المتداخلين والسبب فيه انه اذا عد عدد ماهو اكثر منه كان الاكثر مثلي الاقل او امثاله فيصيب بالقسمة كل واحد من آحاد الاقل آحاد صحيحة بعدد امثال الاقل في الاكثر ثم مثل المتداخلين بقوله (كالخمسة مع العشرين) لانك اذا طرحت الخمسة من العشرين اربع مرات افنيت العشرين فهما متداخلان وكذا اذا قسمت العشرين على الخمسة يجئ اربعة اقسام صحيحة او نقول التداخل هو ان يزيد على الاقل مثله او امثاله يساوي الاكثر او ان يكون اقل جزء الاكثر جزأ مفردا من الاكثر فلا تداخل بين الستة والتسعة وان كان الستة ثلثي التسعة لانها ليست جزأ مفردا ومن شرط التداخل ان لا يكون الاقل زوجا مع كون الاكثر فردا وان لا يزيد الاقل على نصف الاكثر (و) يعرف (توافقهما) اي العددين في جزء كالنصف ونظائره

(بان ينقص الاقل من الاكثر من الجانبين حتى يتوافقا في مقدار فان توافقا في واحد فهما متباينان) كالخمسة مع السبعة والتسعة واحد عشر مع عشر (وان) توافقا (في اكثر) من واحد (فهما متوافقان فان كان) الاكثر (في اثنين فهما متوافقان بالنصف) كثمانية عشر مع الثمانية فانه اذا القيت من ثمانية عشر ثمانية مرتين بقي منها اثنان واذا القي اثنان من الثمانية ثلاث مرات بقي منها ايضا اثنان فهما متوافقان بالنصف (وان) كان الاكثر (ثلثة فبالثلث) كما في التسعة والاثني عشر (او) كان الاكثر (اربعة فبالربع كالثمانية والاثني عشر (هكذا الى العشرة) اي يكون التوافق في الاعداد التي هي العشرة وما دونها بواحد من الكسور التسعة المشهورة وهي النصف الى العشر ويسمى هي مع مايتركب منها بالاضافة او التكرير بالكسور المنطقة (وان توافقا في احد عشر) كاثنين وعشرين مع ثلثة وثلثين (فبجزء من احد عشر) اي هما متوافقان بجزء من احد عشر (وهلم جرا) اي ان توافقا في ثلثة عشر يتوافقان بجزء من ثلاثة عشر كستة وعشرين وتسعة وثلثين فان العاد لهما ثلثة عشر وفي خمسة عشر يتوافقان بجزء من خمسة عشر كثلثين مع خمسة واربعين فان خمسة عشر يعدهما معا فهما متوافقان بجزء منهما (وان اردت

معرفة نصيب كل فريق كالبنات والجدات والزوجات والاعمام وغيرها (من التصحيح) الذى استقام على الكل (فاضرب ماكان له) اى لكل فريق (من اصل المسئلة فيما ضربته فى اصل المسئلة) اى فى المضروب الذى ضربته فى اصلها (فاخرج) من هذا الضرب (فهو نصيبه) اى نصيب ذلك الفريق (وكذا العمل فى معرفة نصيب كل فرد) من افراد ذلك الفريق من التصحيح (وان شئت) سهام كل فرد من اصل المسئلة (فانسب سهام كل فريق من اصل المسئلة الى عدد رؤسهم) مفردا عن اعداد رؤس غيرهم (ثم اعط بمثل تلك النسبة من المضروب لكل فرد منهم) من افراد ذلك الفريق (وان اردت قسمة التركة بين الورثة والغرماء) الواو الواصلة ههنا مستعارة لاو الفاصلة اذلا يتصور القسمة بين الطائفتين معا لان التركة ان وفت بجميع الديون فلا قسمة بين الغرماء والافلاقسمة بين الورثة (فانظر بين التركة والتصحيح فان كان بينهما موافقة فاضرب سهام كل وارث من التصحيح فى وفق التركة ثم اقسم) المبلغ (الحاصل) من هذا الضرب (على وفق التصحيح فاخرج فهو نصيب ذلك الوارث) مثاله زوج وام واختان لاب وام اصلها من ستة وتعول الى ثمانية فللزوج منها ثلاثة وللام واحد ولكل من الاختين سهمان فان فرض ان جميع التركة خمسون دينارا يكون بين التصحيح والتركة موافقة بالنصف فيضرب سهم الزوج من التصحيح وهو ثلاثة فى وفق التركة وهو خمسة وعشرون يبلغ خمسة وسبعين ثم تقسم الخمسة والسبعون على وفق التصحيح وهو اربعة فيكون للزوج من التركة ثمانية عشر دينارا وثلثة ارباع دينار ويضرب سهم الام من التصحيح وهو واحد فى خمسة وعشرين وهو وفق التركة فيكون خمسة وعشرين ثم تقسمها على وفق التصحيح وهو اربعة فيكون للام ستة دنانير وربع دينار ويضرب سهم كل من الاختين وهو سهمان فى وفق التركة فيبلغ خمسين ثم تقسمها على وفق التصحيح وهو اربعة فيكون لكل واحد من الاختين اثنى عشر دينارا ونصف دينار (وان لم يكن بينهما موافقة فاضرب سهام كل وارث فى جميع التركة ثم اقسم) المبلغ (الحاصل على جميع التصحيح فاخرج) من هذه القسمة (فهو نصيبه) اى نصيب ذلك الوارث كما اذا فرض ان جميع التركة خمسة وعشرون دينارا كان بينها وبين التصحيح الذى هو ثمانية مباينة فاذا اردت ان تعرف نصيب كل وارث من هذه التركة فاضرب نصيب الزوج من التصحيح وهو ثلاثة فى كل التركة يحصل خمسة وسبعون ثم اقسم هذا المبلغ على التصحيح اعنى ثمانية يخرج تسعة دنانير وثلاثة اثمان دينار فهذه نصيب الزوج واضرب ايضا نصيب الام من التصحيح وهو واحد من جميع التركة فيكون الحاصل خمسة وعشرين

فاذا قسمتها على الثمانية خرج ثلاثة دنانير وثمن دينار فهى نصيب الام واضرب نصيب كل اخت من التصحيح وهو اثنان فى كل التركة يحصل خمسون فاذا قسمت هذا الحاصل على الثمانية خرج ستة دنانير وربع دينار فهو نصيب كل اخت من التركة (وكذا العمل لمعرفة نصيب كل فريق) من الورثة يعنى فاضرب ما كان لكل فريق من اصل المسئلة فى وفق التركة ثم اقسم المبلغ الحاصل من هذا الضرب على وفق تصحيح المسئلة ان كان بين التركة وتصحيح المسئلة موافقة وان كان بينهما مباينة فاضرب ما كان لكل فريق فى كل التركة ثم اقسم الحاصل على جميع تصحيح المسئلة فالخارج نصيب ذلك الفريق فى الموافقة والمباينة وتمامه فى السيد فليطالع (وفى القسمة بين الغرماء اجعل مجموع الديون كالتصحيح وكل دين) من ديون الغرماء (كسهام الوارث ثم اعمل العمل المذكور) فاذا كان لميت غريمان لكل منهما ثلاثة آلاف وستة غرماء لكل منهم الفان وكانت التركة عشرين كان بين جميع الديون وذلك ثمانية عشر وبين التركة موافقة نصفية فتضرب الثلاثة التى كانت لكل من الغريمين فى نصف التركة وذلك عشرة تبلغ ثلثين وتقسم على نصف الديون وذلك تسعة فالخارج وذلك ثلاثة وثلث نصيب كل منهما فيكون لكليهما ستة وثلثان ويضرب الاثنان اللذان كانا لكل من الغرماء الستة فى العشرة يبلغ عشرين ويقسم على التسعة فالخارج وذلك سهمان وتسعان نصيب كل منهم فيكون للغرماء الستة اثنى عشر سهما واثنى عشر تسعا وذلك سهم وثلث سهم فاذا ضممت ثلاثة عشر وثلثا الى ستة وثلثين يبلغ عشرين وان كانت التركة تسعة عشر فبينهما وبين جميع الديون مباينة فتضرب ثلاثة كل من الغريمين فى تسعة عشر تبلغ سبعة وخمسين فتقسم على ثمانية عشر فالخارج وهو ثلثة اسهم وتسع ونصف تسع لكل منهما فيكون لكليهما ستة اسهم وثلثة اتساع وذلك ثلث سهم فيضرب سهما كل من الغرماء الستة فى تسعة عشر يبلغ ثمانية وثلثين فيقسم على ثمانية عشر فالخارج وهو سهمان وتسع لكل منهم فللغرماء الستة اثنى عشر وستة اتساع سهم وذلك ثلثاه فاذا ضممت اثنى عشر وثلثين الى ستة وثلث يبلغ تسعة عشر (ومن صالح من الورثة او الغرماء على شئ) معلوم (منها) اى من التركة (فاطرح نصيبه من التصحيح او الديون واقسم الباقى على سهام من بقى) من الورثة (او) على (ديونهم) اى ديون من بقى من الغرماء مثاله زوج وام وعم ففيها نصف وثلث الكل ومابقى فاصلها وتصحيحها من ستة فاذا صالح الزوج على شئ كان فى ذمته من المهر وخرج من البين تطرح سهامه من التصحيح وذلك ثلاثة ويقسم باقى التركة على سهام الباقين على ما كان اثلاثا ثلثاه للام وثلثه للعم (قال الفقير) يريد المولى الفاضل روح الله روحه

وزاد فى اعلى غرف الجنان فتوحه نفسه العيسة (هذا آخر) كتاب سماه (ملتقى الابحر ولم آل) من الالو وهو التقصير (جهدا) اى لم امنعك جهدا (فى عدم ترك شئ من مسائل الكتب الاربعة) وهى القدورى والمختار والكنز والوقاية كما مر فى الخطبة (والتمس) على صيغة المتكلم من الالتماس (من الناظر فيه) اى فى هذا الكتاب (ان اطلع على الاخلال بشئ منها) اى من مسائل الكتب الاربعة بان لايذكره فى محله (ان يلحقه) مفعول التمس (بمحله فان الانسان محل النسيان) سمى الانسان لانه الناسى ولذلك قيل * اول الناس اول الناسى (وليكن امر غائب (ذلك) اى الالحاق بمحله الاصلى (بعد التأمل فى مظان تلك المسئلة) اى بعد التأمل فى مواضع يظن تلك المسئلة منها (فانه ربما ذكرت بعض المسائل فى بعض الكتب المذكورة فى موضع وفى غيره فى موضع آخر فاكتفيت بذكرها) اى بذكر تلك المسئلة (فى احد الموضعين) فيظن ان هذا ليس بمحله لكن بعد التأمل يظهر وجهه (ثم اى زدت) فيه (مسائل كثيرة من الهداية ومجمع البحرين) قال فى الخطبة ونبذة من الهداية فيكون منافيا لما قال هناك لكن اسلفنا التوفيق بينهما ثمة فلاحاجة الى التكرار (ولم ارد شيئا من غيرهما) اى غير الهداية ومجمع البحرين (حتى يسهل الطلب على من اشتبه عليه صحة شئ مما ليس فى الكتب الاربعة والله حسبى) اى كافى (ونعم الوكيل) الحمدلله على الكمال والتمام * والصلوة والسلام على افضل الرسل الكرام * محمد سيد الانام وعلى آله وصحبه العظام * مابقى على وجه الارض علماء الاعلام * بعون الله العزيز الجليل * وعليه الاعتماد والتعويل * فى ان يهدينى سواء السبيل * ويجعلنى من رحمته فى ظل ظليل * ويعصمنى عن مزلة الافهام * ويثبتنى يوم تزل الاقدام * انه قريب مجيب * وماتوفيقى الابالله عليه توكلت واليه انيب * وقدانتهى هذا الشرح وتم بفضله تعالى ببلدة ادرنه * صانها الله عن البليه * قاضيا بالعساكر المنصورة فى ولاية الروم ايلى المعمورة راجيا من الله عزوجل العفو عما وقع منى فيه من القصور والخبط والزلل وذلك فى ليلة الخميس فى اليوم التاسع عشر من جمادى الآخرة من شهور سنة سبع وسبعين والف من هجرة من له العز والشرف اللهم اجعله لى ذخرا نافعا وخيرا باقيا بحرمة جميع الانبياء والمرسلين خصوصا بحرمة حبيبك محمد المصطفى صلوات الله عليه [illegible]

آمين

طبع فى المطبعة العامرة فى ١٢ ش[illegible] سنة ١٣٢[illegible]